الإمام محمد أبو زهرة

محاضرات في عقد الزواج وآثاره

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

محمد أبو زهرة

محاضرات في

عقد الزواج وآثاره

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

١ - إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا. من يهد الله فلا مضل له. ومن يضلل فما له من هاد، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذى بعث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، قال الله تبارك وتعالى: «يأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة، وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء، واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام، إن الله كان عليكم رقيباً». وقال عز من قائل: «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها، وجعل بينكم مودة ورحمة، إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون». وقال تعالت رحمته: «يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى، وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم، إن الله عليم خبير».

٢ - أما بعد: فإن معهد الدراسات العربية، قد قرر فى شعبته القانونية أن تكون الأحوال الشخصية موضع دراسة هذا العام، وبعبارة أدق قرر أن تكون الأسرة موضوع هذه الدراسة، وإننا إذا استثنينا الطوائف غير الإسلامية - نجد أن من عداها يجعل الشريعة الإسلامية المصدر لأحكام الأسرة، وكل فريق من المسلمين فى هذه البلاد يتبع مذهباً من المذاهب الإسلامية المعتبرة، مقتبساً من غيره، أو غير مقتبس. فالبلاد السعودية تسير فى أحكامها عامة وفى أحكام الأسرة خاصة على مقتضى مذهب الإمام أحمد، واختيارات الإمام تقى الدين ابن تيمية. واليمن تقوم أحكام الأسرة فيها على مقتضى مذهب الزيدية عند فريق كبير منها، وعلى مذهب الشافعى عند فريق آخر، والعراق تقوم أحكام الأسرة فيها على مقتضى مذهب أبى حنيفة، مع استثناء طوائف الشيعة فيها. فإن أحكام الأسرة عندهم

خاضعة للمذهب الجعفرى ، الذى ينسب إلى الإمام أبى عبد الله جعفر الصادق ابن محمد الباقر .

والبلاد السودانية والمغربية يعد المذهب المالكى أصلا فيها .

٣ — ومصر أساس العمل فيها مذهب أبى حنيفة مع اقتباس لأحكام جوهرية من غير هذا المذهب الجليل . بعضها من مذهب مالك والشافعى وأحمد ، وبعضها من اختيارات ابن تيمية . وبعضها كان مبنياً على منع سماع الدعوى ، وإن كان يمس أحكاماً جوهرية فكان فى مظهره شكلياً ، ولكنه فى حقيقته موضوعى . ولقد تضمنت هذه الإصلاحات القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وبعض ما جاء فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

٤ — وسوريا ولبنان قد وضع فى كلتيهما قانون موضوعى للأحوال الشخصية مستوعب فى الجملة ، وقد نهجت كل واحدة منهما فى قانونها منهاجاً اجتهادياً حاولت فيه أن تعالج ما ظهر من عيوب فى أحكام الأسرة على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، ، وقد اقتبست من المذاهب الأربعة وغيرها ، مما ظنت أنه قد يكون فيه علاج لما اعتبرته عيوباً ، وقد حاولت سوريا أن تحلق فى سماء الكتاب والسنة وأن تستنبط منهما أحكاماً لم تكن فى المذاهب الأربعة ولا عند السلف ، وذلك فى شأن تعدد الزوجات .

وقد اختصت لبنان بأنها جعلت قانونها المسطور شاملا لأحكام الطوائف الإسلامية ، والطائفة المارونية ، واليهود ، وكان ينص على مايتبع لكل طائفة فيما تتفرق فيه الأحكام الإسلامية عن غيرها .

٥ — وإنه عند دراسة قانون الأسرة فى معهد الدراسات العربية لابد أن يتصدى الباحث ، لهذه الينابيع كلها ، فإن المعهد لايعنى بدراسة قانون دولة من الدول العربية ، ويهمل قانون أخرى فى هذا الموضوع ، وإن تلك الدراسة الشاملة تقتضى الإشارة إلى أحكام ستة مذاهب إسلامية هى المذاهب الأربعة ،

ومذهب الإمامية ، ومذهب الزيدية ، ويدرس مع ذلك ما عساه يكون باجتهاد خاص من فقهاء كل دولة عربية .

وإن هذه الدراسة الشاملة لا تفيد فقط طلاب الفقه فى الجامعة العربية ؛ إذ تضع بين أيديهم فى موضع واحد الأحكام الفقهية الخاصة بالأسرة فى المذاهب الإسلامية كلها أو جلها ، بل إن هذا يفيد كل فقيه يريد أن يتعرف أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ، وطرق انتفاع المعاصرين بهذه الثروة المثرية من أقوال الفقهاء السابقين ، وطرق علاجهم لمشاكل الأسرة فى ظل كتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

٦ — وإن هذه الدراسة الجامعة لا تفيد فقط كل طلاب البحث والفحص ، ولكنها تفيد من الناحية الاجتماعية ، ووراء الناحية العلمية والاجتماعية فوائد سياسية ، ذلك لأن اطلاع كل دولة من الدول العربية على الطرق التى عالجت بها زميلتها مشاكل الأسرة ، ونتيجة هذا العلاج يهديها إلى قصد السبيل فى العلاج إن لم تكن قد حاولته ، ويحملها على الموازنة بين علاجها. وعلاج شقيقتها إن حاولته ، وإن ذلك يتجه بنا إلى توحيد قوانين الأسرة فى تلك البلاد المترابطة ما أمكن التوحيد وإن ذلك ممكن وقريب بين المسلمين ؛ وإن توحيد قوانين الأسرة بين المسلمين فيه مزيتان جليلتان :

إحداهما : أن توحيد قانون الأسرة توحيد لأعظم ركن فى البناء الاجتماعى ؛ لأن الأسرة هى اللبنة الأولى فى بناء المجتمع ، ووراء ذلك إيجاد وحدة اجتماعية فى البلاد العربية كما نوهنا .

والثانية : أن هذا التوحيد فيه تقريب بين مذاهب الإسلام فى جزء من الفقه ، وهو فى نتيجته القريبة تقريب بين أهل المذاهب الإسلامية ، فلا تكون تلك النفرة الموحشة بين المذاهب الشيعية والمذاهب السنية ، ولا وزن مذهب من المذاهب وغيره ، وبذلك يتقارب المسلمون ، ولا يتباعدون ، وتأتلف قلوبهم ، وتجتمع على تقوى من الله ورضوان .

٧ — هذا وإنه يتبين بهذه الدراسة أنه يمكن استنباط أعدل القوانين بالنسبة للأسرة ، وأحكمها تنظيما لها من المذاهب الإسلامية ، وكلها فى جملته يلتمس من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ، وبذلك يتبين انحراف الذين خرجوا على المنهاج المستقيم ، فالتمسوا للأسرة الإسلامية نظما غريبة عن الإسلام بعيدة عن مألوفه ، فصارت على نظم غربية ، ومسخت فى حقيقة حالها فصارت لا شرقية ولا غربية .

هذا وإن جعل نظم الأسرة خاضعة لأحكام الدين أياً كان ، ومقتبسة منه مهما يكن ذلك الدين فيه حياطة للأسرة ، وتقوية لدعائمها ، وإقامة لها على رباط من المودة والرحمة ، وتلك هى أسباب القوة فى العلاقات ، فإن الأسرة لا تقوم على نظم قانونية يطبقها القضاء ، إنما تقوم على الضمير الدينى الذى يولد الرحمة والألفة والمودة .

٨ — وإننا بعون الله تعالى سنتكلم فى هذا القسم من البحث فى إنشاء عقد الزواج وأحكامه وآثاره المترتبة عليه . وقبل أن نبدأ فى الموضوع لا بد أن نتكلم فى تمهيد عن الأدوار التشريعية التى أشرنا إليها فى هذه المقدمة ، وإنا نضرع إلى الله تعالى أن يمن علينا بتوفيقه وهدايته . فإنه لولا فضل الله تعالى ما وصلنا إلى غاية ، ولا اهتدينا إلى منهاج « الحمد لله الذى هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله » ، « ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا ، وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب » .

محمد أبو زهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الثانية

إن الحمد لله تعالى الذى خلق الإنسان من طين ، وكرمه وفضله على كثير ممن خلق تفضيلا ، والصلاة والسلام على محمد عبده ورسوله ، وعلى آله وأصحابه الذين حاطوه ، ونصروه ، وأيدوه .

١ — وبعد فإن الأسرة قوام المجتمع ، والدعامة الأولى لبنائه ، ولذلك عنى القرآن الكريم ببيان أحكامها فبين كيف تتكون . وأحل ما بين الرجل والمرأة بكلمة الله ، وتولى سبحانه وتعالى بيان من يحرم من النساء ومن يحل ، ووزع مال الأسرة بين آحادها فى الحياة بالنفقات ، وبعد الممات فى الميراث ، والوصايا ، وبين حقوق الزوجين ، وما لكل على صاحبه ، وأن الحقوق بمقدار الواجبات ، وأنها متقابلة ، وأن الحقوق ما أعطيت إلا للتمكين من أداء الواجبات ، فكان على الزوج حق واجب الرعاية والمحافظة ، وليتمكن من ذلك كان له حق الطاعة ، وكان على الزوجة حق الحضانة لأنها عليها واجب التربية ، وهو فى المهد حتى يستغنى عن خدمة غيره ويصبح كونا مستقلا .

٢ — وقد وفقنا الله تعالى للكتابة فى نظام الأسرة فى الإسلام من زواج وما يترتب عليه ، ومن الملكية بالخلافة فيه ، ومن بيان حقوق الأولاد ، إلى غير ذلك مما يتعلق بالأسرة .

ومما كتبنا كتاب فى إنشاء الزواج وآثاره فى دراسة مقارنة بين المذاهب الاسلامية المختلفة ، وفيها بيان المطبق منها ، والبلاد التى يطبق فيها .

وكان ذلك فى محاضرات ألقيناها ، وطبعت طبعة خاصة من قبل لتكون

بأيدى طلاب هذه المحاضرات فى معهد الدراسات العربية . وكان ذلك فى سنة ١٩٥٧ .

ولكن ما إن عرف بين طالبي المعرفة عن طريق من تلقوه دروسا ، حتى نفد ما طبع ، وألح علينا كثيرون من طلاب العلم الإسلامى والشادين فيه فى إعادة طبعه ، ولم يسعنا إلا الاستجابة ، فكتمان العلم لا يجوز ، ولعن الله تعالى من يكتمه .

٣ــ ومن الحق ونحن نعيد طبع الكتاب أن نذكر أمراً جديراً بالنظر ، وهو أننا ذكرنا المعمول فى قوانين البلاد العربية بالنسبة لأحكام الأسرة ، معنين فى الذكر ببيان المذهب الفقهى الذى أخذ منه ، فهى دراسة إسلامية المقصود منها دراسة الأحكام الإسلامية المستنبطة من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ، نقدمها لمن يتبع هدى الإسلام مستعيناً فى ذلك بمذهب من مذاهب فقهائه ، واختلافهم ليس فى الأصل والجوهر ، ولكن فى تعريفات جزئية ، لا تناقض بينهم فى أحكامها .

فدراستنا دراسة متبع لا مبتدع . ودراسة ما كان من هدى الإسلام ، لامن تقليد عن غير بينة ، ولا تعرف دقيق لوجه المصلحة .

ولذلك ونحن ندرس الزواج وآثاره فى البلاد العربية أو الإسلامية لم نعن بدراسة ما فى تركيا من تنظيم للأسرة ، أخذوه من غير الفقه الإسلامى ، بل قلدوا فيه المسيحيين تقليداً ، واتبعوهم اتباعا ، وما كان لنا أن ندرس غير الإسلام ونحن فى صدد دراستنا لأحكام الأسرة فى الإسلام فما درسنا قانون الأسرة فى الدولة التركية ، لأنه قانون لا يستمد من الإسلام ، بل يعاند القرآن ، فالقرآن يقول للذكر مثل حظ الأنثيين ، وقانون الترك يقول الذكر والأنثى على سواء فى الميراث .

وكذلك لم نعن فى بيان أحكام الزواج فى الإسلام ببيان القانون التونسى أو ما سموه المحلية التونسية — لأن هذا القانون عد تعدد الزوجات جريمة ووضع لها عقاباً بالحبس مع الحكم ببطلان الزواج الثانى ، ولو كان بغير ما أنزل الله .

وكذلك قرر منع الطلاق وعقاب من يطلق ، وبالبناء على ذلك لا يكون الطلاق واقعاً . فيحل ما حرم الله ، ويحرم ما أحل الله .

ويعجبنى أن بعض المعنيين من الدراسات الإسلامية فى الزواج والطلاق وأحكام الأسرة دعى لإلقاء محاضرة فى تونس ، وحسبوه يؤيد فقال إنه قانون ، ولكنه ليس إسلاميا وهو أقرب إلى أن يكون كنسيا ، قانونهم ، لأن الفارق بين قانون الكنيسة وقانون الإسلام فى الزواج هو إباحة التعدد ، وجواز الطلاق فى الإسلام ومنعهما فى الكنيسة .

٤ ـ من أجل هذا لم نشر فى الكتاب إلا إلى ما كان مشتقاً من الإسلام ، إذ أنا نكتب فى الإسلام لا فى غيره ، ونرجو أن نكون قد جلينا ما أمكننا الكتابة فيه من هذا .

ونضرع إلى الله تعالى أن يمن علينا بنعمة التوفيق ، وأن يشرق علينا بنور الإخلاص فى كل ما نعمل ونقول ، فإن نور الإخلاص هو الذى يهدينا إلى الحق ، لأنه من نور الله جل جلاله والله الهادى إلى سواء السبيل .

٣٠ من المحرم سنة ١٣٩١

٢٧ من مارس سنة ١٩٧١

محمد أبو زهرة

تمهيد

<u>إلمامة تاريخية لا بد منها :</u>

١ — كان القاضي فى العصور الأولى مجتهداً لا يتقيد بمذهب ، ولا منهاج . ولا يعتمد إلا على الكتاب والسنة ، وإن لم يجد فى القضية التى يحكم فيها نصاً من قرآن أو سنة تحرى عنهما ، فإن لم يجد بعد التحرى اجتهد رأيه . وكان ذلك منهاج الصحابة ، والمنهاج الذى ارتضاه النبى ﷺ عندما أرسل معاذاً قاضياً على اليمن ، إذ سأله بم تقضى ؟ فقال بكتاب الله . قال عليه السلام فإن لم تجد ؟ قال فبسنة رسول الله . فقال الرسول الأمين ، فإن لم تجد قال أجتهد رأيى ولا آلو ، فأقره عليه السلام على ذلك المنهاج ، فكان هذا سنة متبعة من بعده فبين يدى القاضى القانون القائم ، الكتاب والسنة ، ثم هو يجتهد فى تطبيقهما ما وسعته الطاقة العلمية ، كما يجتهد القاضى فى تطبيق القانون المسطور بنصه ، فإن لم يتسع النص اجتهد فى تفسيره بطرق التفسير المختلفة ما بين مضيق وموسع ، فكون القاضى الإسلامى مجتهداً ليس معناه أن أمره فرط يرتبط فيه بقانون حاكم مسيطر ، بل إنه مقيد بقانون مقدس لا سبيل إلى مخالفته .

٢ — والاجتهاد بالرأى له شعب مختلفة فقد يكون الاجتهاد بالرأى هو الأخذ بالمصلحة التى تلائم المعانى الإسلامية . كما كان يفعل عمر رضى الله عنه فى كثير مما كان يعرض له من أمور تتعلق بإدارة الدولة ونظمها ، وقيام عمود الإسلام كجمعه القرآن فى مصاحف وتضمينه الأجراء ، وقتل الجماعة بالواحد، وغير ذلك مما يتعلق بشئون الناس ، ومن فقهاء الصحابة من كان يتخذ القياس، وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر آخر منصوص على حكمه

لاشتراكهما فى علة الحكم ، وأسس القياس فطرية بدهية تتفق عليها العقول ، وقوامها أن المتساويين فى الحقيقة يتساويان فى الحكم ؛ وأن ما يثبت لأحد المثلين يثبت للآخر ، ومن الصحابة الذين اشتهروا بالقياس على بن أبى طالب ، وعبد الله بن مسعود ، وغيرهما .

ويلاحظ أن عمر بن الخطاب كان يكثر فى اجتهاده النظر إلى المصلحة إذا لم يكن نص من كتاب أو سنة بشرط أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع الإسلامى ، وقد نوهنا إلى ذلك ، ولكنه عند ما أرسل إلى أبى موسى الأشعرى رسالة القضاء نصحه فى اجتهاده القضائى أن يكون بالقياس فقال له : قس الأشباه والأمثال ، وأوجب عليه أن يقضى بما هو أشبه بكتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ .

٣ — وهنا يسأل سائل ، لماذا جعل اجتهاده فى إدارة الدولة قائماً على المصلحة إذا لم يكن نص ، ثم قيد قاضيه بالقياس عند الاجتهاد فى غير موضع النص ؟ والجواب عن ذلك واضح من طبيعة العملين : عمل الإدارة ، وعمل القضاة ؛ فعمل الإدارة يقوم على المصلحة المحققة لمقاصد الشرع ، إذا لم يكن ثمة نص من الشرع ، فإن كان نص فالمصلحة فيه ، ولا يتصور مصلحة فى غير موضع النص .

أما عمل القضاء فهو تطبيق للنصوص الثابتة ، والوقوف عند هذه النصوص هو العدالة القانونية التى يتقيد بها القاضى ، وأنه يجب أن يكون عمله أولا فى دائرة تطبيق النصوص القائمة ، ولا شك أن القياس هو تطبيق للنصوص وتوسيع لمدى دلالتها ، بخلاف المصلحة المرسلة ، إذ أن المصلحة المرسلة ، تنطلق عن التقيد بنص خاص ، وإن كان لابد من أن تكون ملائمة لمقصد الشارع فى الجملة وغير مخالفة لأى نص من نصوصه ؛ أما القياس فإن الاجتهاد به يتجه إلى البحث عن نص يمكن إلحاق الحادثة التى لا يعرف حكمها بنص صريح به ولو فى ضمن علته ، ولهذا كان الشافعى الذى رفض الأخذ

بالمصلحة كأصل قائم بذاته عند عدم النص - يقرر أن الاجتهاد إما نص وإما حمل على النص ، أو هو كما عبر إما أخذ من عين قائمة من النصوص أو حمل على عين قائمة ، فلا اجتهاد بغير ذلك .

وإن ذلك بلا شك من المصلحة التمسك به فى القضاء . ولذا كان عمر رضى الله عنه يحث قضاته على مقايسة الأشباه بأشباهها . والقضاء بما هو أشبه بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

٤ — وقد استمر القضاء يسير على ذلك النحو ليس بين يدى القاضى إلا كتاب الله وسنة رسوله ﷺ . لا يتقيد إلا بهما طول عهد الصحابة . حتى إذا انقضى ذلك العهد النورانى، وجد مصدر ثالث ، وهو فتاوى الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، وخصوصاً كبارهم كأبى بكر وعمر وعلى وعثمان ، وزيد بن ثابت ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عباس . وغيرهم ، فكان بين يدى القاضى تلك الأصول الثلاثة واستمر يعمل باجتهاده فيما لا يجد فيه موضع فتوى للصحابة ولا نصاً ، وإن تعارض فى موضوعه فتاوى تخير من بينها . ولم يخرج عنها .

ولم يفكر أحد فى تقييد القاضى ، ولكن الحاكم العادل عمر بن عبد العزيز قد اتجهت نيته إلى جمع سنن النبى ﷺ وفتاوى الصحابة ، وإرسالها إلى الأقاليم قضاة وولاة . وشعوباً ، لتكون بين يدى القضاة فيتقيدوا بها فى أحكامهم ، وبين أيدى الولاة ليتقيدوا بها فى تصرفاتهم . وقريبة من الشعب ليعلم شئون دينه . وأسس الحكم والقضاء فى الإسلام .

ولكن المنية عاجلت عمر بن عبد العزيز ، فلم يتم له ما أراد .

٥ — وقد استمرت الحال فى تقييد القاضى بما ذكرنا . وبمقدار ما يعلمه من فتاوى الصحابة طول العهد الأموى وشطراً من صدر العهد العباسى ، ولقد فكر بعض الباحثين الذين كانوا يعلمون القيود التى كان يقيد بها القضاة فى فارس والرومان فى وضع مجموعة من الأحاديث وفتاوى الصحابة بجوار

كتاب الله ، تكون القانون الذى يحكم به القاضى . فلا يترك الأمر لمقدار ما يعلمه من الأحاديث وآثار الصحابة ، وقد حرر ذلك عبد الله بن المقفع فى رسالة الصحابة التى كتبها إلى أبى جعفر المنصور .

وإذا كان أبو جعفر لم يأخذ بهذا الرأى ابتداء ، أو فور إبدائه فإنه بلا شك ترك أثراً عميقاً فى نفسه ، ولذا طلب من الإمام مالك رضى الله عنه أن يجمع الأحاديث الصحاح ، وفتاوى الصحابة فى كتاب يوطئه للناس ، فيعلموا أقضية الصحابة وأحكام الإسلام .

وقد دون مالك رضى الله عنه موطأه ، ولما تم تدوينه طلب المهدى أن يرسله إلى الأقاليم الإسلامية ليقضى القضاة بأحكامه ، ويعمل الناس بمقتضاه ، ولكن تدين مالك وخلقه العلمى أبيا عليه الرضا بهذا ، فمنعه من هذا ، وقال : إن الناس سبقت له سنن وأحاديث ، وآثار عن الصحابة ، وهو لا يرى أن يقصر الناس على علمه .

ولذا بقى القضاء مطلقاً غير مقيد إلا بعلم القاضى وما كان القاضى يولى إلا من المجتهدين الذين عرفوا بالنزاهة المطلقة ، ومن هؤلاء فى العصر الأموى شريح القاضى ، والحسن البصرى الذى تولى لعمر بن عبد العزيز زمناً ، ومن هؤلاء فى العصر العباسى عبد الرحمن بن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وعثمان البتى ، ثم من هؤلاء أيضاً زفر بن الهذيل . وخالد بن يوسف السمتى ؛ وكان هؤلاء يتقيدون بمذهب فى الجملة أو منهاج إلا الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة .

بيد أن ذلك الانطلاق قد ابتدأت القيود المذهبية تؤثر فيه بالتقييد ، إذ أخذ يتولى قضاة من مدارس خاصة كزفر ، وخالد بن يوسف السمتى اللذين كانا قاضيين بالبصرة ، فإنهما بلا شك كانا متأثرين بمنهاج أبى حنيفة ، إذ هما من أخص تلاميذه ، وأدناهم إليه ، ولأبى حنيفة وصية خاصة أوصى بها يوسف بن خالد . وهى وصية حكيمة دقيقة جديرة بالمراجعة ، وقد دونها كاملة المكى فى مناقب أبى حنيفة .

٦ — وقد أخذ المنهاج المذهبي يسيطر على القضاء فى الدولة الإسلامية عند ما ولى قضاء بغداد أبو يوسف تلميذ أبى حنيفة ، فإنه صار بتوليه ذلك المنصب يعد قاضى قضاة الدولة العباسية ، فلا يعين قاض فى أى إقليم من أقاليمها إلا برأيه ، وكان لهذا لا يختار من القضاة إلا من فقهاء العراق الذين تأثروا بمنهاج أبى حنيفة ، وإن لم يفقدهم ذلك الاجتهاد النسبي . وإن أبا يوسف كان حريصاً كل الحرص على أن ينشر فقه العراق أو بالأحرى فقه مدرسة أبى حنيفة ، حتى إنه ليصرح لمحمد بن الحسن عند ما اختاره قاضياً للرقة ووجد محمد فى نفسه على شيخه أبى يوسف بذلك إذ اعتذر هذا إليه بأنه رأى أن يتولى قضاء الرقة لينتشر علم المدرسة العراقية فى الرقة وما وراءها من الشامات كما انتشر فى المشرق .

ومن قبل أبى يوسف كان يختار بعض القضاة من فقهاء العراق ، ومدرسة أبى حنيفة ، ولكن لا على وجه التخصيص ، بل على وجه الاختيار الشخصي وإنه يروى الكندى فى كتابه تاريخ القضاة والولاة أن أول قاض من تلاميذ أبى حنيفة ولى القضاء بمصر هو إسماعيل بن اليسع الكندى ، ولاه المهدى ، وكان يرى إبطال الأوقاف كما هو رأى الإمام أبى حنيفة ، فأخذ يبطلها فى مصر ، ولم يكن ذلك سائغاً عند أهلها ، ولذا شكوا منه إلى فقيه مصر فى ذلك العصر الإمام الليث بن سعد . فذهب إلى القاضى ، وقال له جئتك مخاصما لك . فقال له فيماذا ، قال فى إبطالك أحباس المسلمين ، وقد حبس رسول الله وأبو بكر وعمر وعثمان وعلى والزبير فمن بعد ، ثم بعث إلى المهدى كتاباً جاء فيه : إنك وليتنا رجلا يكيد سنة رسول الله بين أظهرنا ، مع أنا ما علمناه فى الدرهم والدينار إلا خيراً .

٧ — ولم يكن ثمة تخصيص للقضاء بمذهب ، ولكن بغداد بسلطان أبى يوسف كما نوهنا أخذت تنشر لواء المذهب الحنفى فى الأقاليم من غير تخصيص . فغلب عليها ، وكان القضاء فى العراق وما وراءه من بلاد المشرق على ذلك

المذهب ، وأغلب قضاة الأقاليم إذا استثنينا الأندلس وبلاد المغرب ، وبلاد الشام من ذلك .

وذلك لأن الأندلس كان القضاء فيها بمذهب مالك . وكذلك كان الشأن في بلاد المغرب . ولقد قال ابن حزم في ذلك « مذهبان انتشرا في بدء أمرهما بالرياسة والسلطان ، مذهب أبي حنيفة ، فإنه لما ولى الرشيد أبا يوسف خطة القضاء ، كان القضاة من قبله من أقصى الشرق إلى أقصى عمل إفريقية ، ومذهب مالك عندنا بالأندلس ، فإن يحيى بن يحيى كان مكيناً عند السلطان مقبول القول في القضاء ، وكان لا يلي قاض في الأندلس إلا بمشورته واختياره ، ولا يشير إلا بأصحابه ومن كانوا على مذهبه ، والناس سراع إلى الدنيا ، فأقبلوا على ما يرجون به بلوغ أغراضهم ؛ على أن يحيى لم يل القضاء قط ، ولا أجاب إليه ، وكان ذلك زائداً في جلالته عندهم ، وداعياً إلى قبول رأيه لديهم » .

٨ — ولقد كان الشام يقضى فيه على مذهب الأوزاعى أمداً طويلا من العصر العباسى وقد عمر هذا المذهب إلى منتصف القرن الرابع الهجرى ، وفي بعض هذه المدة كان القضاء به كما أن القضاء أحياناً في الشام كان على مذهب الشافعى ؛ كما ذكر ابن السبكى في طبقاته .

وبهذا يتبين أن التخصيص بالمذهب الحنفى كان غالباً ، ولم يكن شاملا ، بيد أنه في بغداد ذاتها لم يكن قاض من غير الحنفية ، ويروى أن المقتدر الخليفة العباسى في آخر القرن الرابع ولى قاضياً شافعياً فثار أهل بغداد ، وانقسموا حزبين حزب يؤيد التعيين . وحزب لا يؤيده وهو الأكثر عدداً ، ووقعت الفتنة بينهما ، فاضطر الخليفة إلى عزل ذلك القاضى الشافعى إرضاء للأكثرين ، وإنهاء للفتنة ، وأعاد إلى الحنفية ما كان لهم من عزة وغلب .

٩ — وكان المذهب الحنفى ذا سلطان وغلب ، ما كان لخلفاء بنى العباس سلطان وقوة ؛ فإذا ضعف سلطانهم ضعف معهم سلطانه ، وكانت المذاهب

الشيعية من إمامية وزيدية تتسلل فى وسط الدولة فى جموع الشيعة تقضى بينهم. حتى إذا كان لهم سلطان كما حدث فى تغلب القرامطة على أكثر ما تحت سلطان الدولة فى المشرق. ساد المذهب الشيعى، وكذلك عندما نشأت الدولة الفاطمية فى المغرب ، واستولت على مصر والشام وانحاز إليها كل ما هو فى غرب بغداد من أقاليم ، فإنه أبعد المذهب الحنفى تماماً ؛ ولقد قال فى ذلك ابن خلدون فى مقدمته : « انقرض فقه أهل السنة بمصر بظهور دولة الرافضة، وتداول بها فقه آل البيت ، وتلاشى فقه من سواهم إلى أن ذهبت دولة العبيديين من الرافضة على أيدى صلاح الدين يوسف بن أيوب » .

بعد انتهاء الدولة الفاطمية زال سلطان الشيعة من غرب بغداد ، ولكن بقيت طوائف لهم تتقاضى فيما بينها بمذهب الإمامية بالمشرق ، بل صار انتشار مذاهبهم واسع المدى فى بلاد ما وراء النهر وما وراءها ، حتى عاد المذهب جذعا قوياً فى طوائف من الهند وفى بلاد إيران ، وطوائف فى بلاد العراق ، وسوريا ولبنان ..

١٠ — ولما أزال صلاح الدين المذهب الشيعى من مصر لم يحل محله المذهب الحنفى ، كما كان من قبل ، بل كان المذهب الشافعى وريث المذهب الشيعى فى مصر والشام ، وإن بقى للمذهب الحنفى مقامه فى العراق موطنه الأصلى الذى انبعث منه ، وحيث رقد الإمام الأعظم أبو حنيفة

كان القضاء فى مصر والشام بالمذهب الشافعى فى عهد صلاح الدين وأخيه وأولاده ، حتى ولى أمر الشام نور الدين الشهيد ، وقد كان حنفياً شديد التعصب للمذهب الحنفى ، وله كتاب فى مناقب أبى حنيفة فنشر المذهب فى مصر والشام ؛ وكان له مقام فى القضاء .

ولما أدال الله من الأيوبية وخلفتها دولة المماليك كان القضاء فيها بالمذهب الشافعى ؛ لأن المماليك كانوا يتخذون مذهب الشافعى مذهباً لهم فى العبادة ، حتى لقد قال السيوطى أنه لم يكن فى المماليك إلا شافعى ، واستمر

الأمر للمذهب الشافعى إلى أن أحدث الظاهر بيبرس فكرة أن يكون قضاة أربعة لأهل كل مذهب قاض لهم يقضى بينهم بما يوجبه المذهب الذى اختاروه ولكنه مع ذلك جعل للمذهب الشافعى مكاناً أعلى من سائر الأربعة ، وذلك بأنه كان له الحق وحده فى تولية النواب فى بلاد القطر ، كما كان له الحق وحده بالنظر فى أموال اليتامى والأوقاف ، وكان له بهذا ـ المرتبة الأولى فى الدولة ، ثم يليه المالكى ، ثم يليه الحنفى فالحنبلى ، ولكن جاء فى صبح الأعشى أن ابن بطوطة ذكر فى رحلته أن ترتيبهم بمصر مدة الملك الناصر كان تقديم الحنفى على المالكى .

واستمرت الحال كذلك إلى أن ولى الأتراك أمر مصر ، فكان المذهب الحنفى السلطان الأول ، ولكن لأن نفوذ المماليك مازال قائما بالديار ، ولم يتغلغل حكم الأتراك فى الإدارة المصرية تغلغلا كاملا ، كان للمذهبين المالكى والشافعى مكان فى القضاء أيضاً ، وإن كان المذهب الرسمى للدولة هو المذهب الحنفى .

ولم يتوحد القضاء توحدا تاما فى مصر إلا فى عهد محمد على ، فكان المذهب الحنفى وحده هو المسيطر ، ومنع القضاء بغيره منعاً تاماً .

١١ — والأمر كان كذلك بالنسبة للشام ، والعراق ، وبلاد الأتراك فإن المذهب الحنفى كان هو المذهب الرسمى ، ولما أنشئت المجلة العدلية كان مع أحكام قليلة من المذاهب الأخرى قانوناً سارياً بالبلاد الشامية كلها وبلاد العراق . ولها مكانتها فى مصر ، وكان اعتبارها قانوناً سارياً منذ سنة ١٢٩٣ هـ .

ولما أخذت القوانين الأوربية تتوارد على مصر فى الربع الأخير من القرن التاسع عشر بإنشاء المحاكم المختلطة أولا ثم بإنشاء المحاكم الأهلية التى سميت من بعد ذلك المحاكم الوطنية — اقتصر القضاء بالمذهب الحنفى على قوانين الأسرة من زواج وأحكام أولاد وميراث ووصايا وهبات وأوقاف فصارت هذه وحدها هى التى تستمد أحكامها من المذهب الحنفى .

١٢ — لقد جاء القرن المتمم للعشرين والمذهب الحنفى هو صاحب السلطان المطلق فى قضاء الأسرة فى أكثر بلاد الشرق العربى ، وإن شئت فقل فى أكثر البلاد الإسلامية ، فإن مسلمى الهند قبل تقسيمها كانوا يسيرون فى أحكام الأسرة على مقتضى المذهب الحنفى إلا الشيعة منهم ، وكذلك المسلمون فى الصين ، لأنهم كانوا يعتبرون دولة الأتراك دولة الخلافة الإسلامية ، ولابد أن تكون الروابط الروحية تربطهم بها ، وإذا عزت الروابط المادية . ففى الروابط الروحية قوة نفسية ، ومن هذه الروابط الروحية أن يكون المذهب الذى ينظم أحكام الأسرة واحداً .

وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن البلاد الإسلامية فى جملتها كان يسيطر عليها المذهب الحنفى ، إن استثنينا بلاد المغرب وإيران ، واليمن وطوائف الشيعة المنبثة فى البلاد الإسلامية ، وخصوصاً الهند ، والبلاد الحجازية .

١٣ — وكل البلاد الإسلامية قاصيها ودانيها كانت تسير على قانون غير مسطور، بل تتبع الأحكام المنثورة فى فتاوى المذهب وأقضيته، وآراء المجتهدين فيه ، وما يكون متفقاً عليه فى المذهب يقضى به ، وكذلك ماليس لمجتهدى المذهب فيه إلا رواية واحدة ، وإذا اختلفت الآراء تخير القاضى منها مايراه أرجح وأصلح فى قضيته ، ولقد نصت لائحة المحاكم الشرعية على أنه يقضى بالراجح من مذهب أبى حنيفة .

والراجح فى أى مذهب من المذاهب الإسلامية تير فى كتب هذا المذهب ، فبعضهم يرجح رأيا على آخر ، وهذا مفت يرجح رأياً لأنه يراه أنجع علاجا فى المسألة التى يستفتى فيها ، ومفت آخر يرجح آخر لأنه يراه أنجع فى موضوع فتواه هو ، ووسط شتيت الترجيحات يعسر حتى على الفقيه تعرف الراجح رجحانا مطلقاً على غيره .

١٤ — وإن البلاد التى تطبق المذهب الحنفى قد لاحظت عيبين فى تطبيقه :

أحدهما : يشترك فيه مع غيره ، وهو شكلى . وثانيهما موضوعى ، فأما الشكلى فهو أن القضاة كانوا يعتمدون فى أقضيتهم على قانون غير مسطور لم تدون مواده ، ولم تجمع فروعه تحت كليات جامعة . وترك للقضاة أن يبحثوا عن أرجح الأقوال فى المذهب ، وأرجح الأقوال كما بينا منثور فى بطون الكتب ، ولم يجمع المصنفون على أرجحية الكثير منها ، فقد يرجح مؤلف مالا يرجح آخر ، وقد يختار للفتوى بعض المفتين مالا يختاره الآخر . فكان القضاة وسط لجى من الفتاوى والتخريجات وأقوال مجتهدى المذهب ، وترجيحاتهم المتباينة .

وأما العيب الموضوعى فهو أن العمل بمذهب أبى حنيفة قد كشف عن مسائل ليس فى الأخذ بها مايتفق مع روح العصر ، وفى غيره من المذاهب مايوافق روح العصر أكثر ، وليس فى ذلك قدح لأبى حنيفة وأصحابه والمخرجين فى مذهبه ؛ فإنهم مجتهدون متأثرون بأزمانهم ، والفتاوى إذا لم تعتمد على نص تكون قوتها مستمدة من حكم العرف فى كثير من الأحوال وإن الاجتهاد فى هذه الحال رأى ، والرأى يخطىء ويصيب . ورحم الله أبا حنفية إذ أجاب أحد تلاميذه عند ماسأله أهذا الذى تفتى به هو الحق الذى لاشك فيه ، فقد قال فى إجابته : « والله لاأدرى لعله الباطل الذى لاشك فيه » .

١٥ — لهذين العيبين وجدت فى بلاد الشرق العربى وبلاد تركيا ، وهى التى كان يغلب فيها مذهب أبى حنيفة ، ويعد المذهب الرسمى فيها ـ اتجاهات إصلاحية فى أول هذا القرن ، وإذا كانت أحكام المرافعات والمعاملات المالية قد سطرت فى المجلة العدلية ، وتولاها العلماء بالشرح وردوا مواردها إلى مصادرها الأصلية ـ فإن أحكام الأسرة لم تدون فى مواد ، وكان لابد أن تكمل تلك المجموعة القانونية بإضافة قانون الأسرة إليها ، فكانت هذه الاتجاهات ، وكانت تقوى وقتاً بعد آخر ، فوجدت فى مصر حركة تتجه

إلى هذا ، وألفت لهذا لجنة لتضع قانوناً للزواج والطلاق وأحكام الأولاد . يجمع بين المذاهب الأربعة ، وابتدأت هذه اللجنة عملها . وأتمته وشبكه سنة ١٩١٥ ، ولكنه لم يأخذ وصف القانون . بل إنه لما عرض للرأى العام الفكرى ليدرسه ويناقشه وجهت إليه انتقادات وركته مقترحات . وعصفت عليه عواصف من تضيق صدورهم بكل جديد . وإن كان يستمد من القديم عناصر تكوينه ، ويحسبون أن ذلك التوقف وحده هو التدين ، ولذلك صعب على الحكومة المصرية إبان ذاك أن تصدر قانوناً بذلك المشروع ، إذ أحست بأنها لم تكن فى مركز يسمح لها بإصدار قانون أثار اعتراض المعترضين من رجال الدين . لأن الحرب الكبرى كانت قائمة وقد اشتد أوارها ، واتسع نطاقها ، والاحتلال جاثم ، والحياة النيابية معطلة .

ومن أجل هذا طوى المشروع طياً .

قانون الأسرة فى تركيا قبل الانقلاب

١٦ — وفى الوقت الذى طوى فيه المشروع المصرى ، كانت الحكومة العثمانية تفكر فى قانون للأسرة يضاف إلى المجموعة القانونية التى ابتدأتها بالمجلة العدلية ، وقد قدر الله لهذا المجهود الذى بذل أن يصدر به قانون سمى قانون حقوق العائلة . فقد صدر ذلك القانون فى سنة ١٣٣٦ هجرية سنة ١٩١٧ ميلادية وقد كان العمل به سائداً فى البلاد الشامية كلها ، حتى بعد أن زال عنها حكم الأتراك ، وما زال ذلك القانون معمولا به فى لبنان ، وقد انتهى العمل به فى سوريا سنة ١٩٥٣ بالقانون رقم ٥٩ الصادر بتاريخ ١٧ من سبتمبر فى تلك السنة .

قانون الأسرة فى لبنان

١٧ — وإن قانون حقوق العائلة على هذا له مكانته فى دراستنا .

إذ أن أكثر المسلمين فى لبنان مازالوا يعملون به وتسرى أحكامه كما أشرنا وأنه كان معمولا به عند أهل سوريا إلى أن صدر القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ كما نوهنا ، وفوق ذلك فإنه بعد صدور ذلك القانون مازال لقانون العائلة مكان فيه إذ أنه مصدر من مصادره ، ولذلك جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون سنة ١٩٥٣ ماخلاصته :

« اشتمل المشروع على الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية من الزواج والطلاق ثم الولادة والنسب والحضانة ، ثم الأهلية والنيابة الشرعية ، ثم الوصية ، ثم المواريث ، واعتمد فى إعداده على خمسة مصادر .

أولها : قانون حقوق العائلة الذى جرى عليه العمل ، وتعارفه الناس . وبنيت عليه الاجتهادات الفقهية .

وثانيها : القوانين المصرية مع بعض التعديل أحياناً لما يوافق المصلحة المحلية .

وثالثها : الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى (باشا) .

ورابعها : مارأت اللجنة الأخذ فيه بمذهب غير المذهب الحنفى ، وما وضعته من مواد التنظيم التى لاتتنافى مع الحكم الشرعى ، وذكرت المذكرة أن الأمر الخامس الذى اعتمدت عليه مشروع وضعه بعض قضاة الأحوال الشخصية .

ومن أجل هذا كان قانون العائلة الذى وضعه الأتراك أيام كانوا مستمسكين بالأحكام الشرعية له موضع فى دراستنا ، وسنشير إليه فى كل موضوع من الموضوعات التى نبحثها فى ذلك الجزء .

١٨ — وإن هذا القانون يشتمل على أحكام موضوعية وأحكام شكلية ، ولنضرب مثلا بأحكامه الشكلية المادة ٣٣ ، فهى تقرر أنه يجب إعلان عقد الزواج قبل إجرائه ، وإعلانه قبل إجرائه قد حدت أحكام إدارته فى نظام سمى فى لبنان نظام المعاملات الإدارية ، ولا يسجل عقد

الزواج إلا بعد تمام تلك الإجراءات الإدارية التى نص عليها نظام المعاملات الإداريه فى المواد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ وقد قالت المادة التاسعة :

« إذا أعطت المحكمة قراراً بجواز عقد النكاح حسب طلب الطرفين أو وقبلهما بحضور المحكمة ، أو بمحل يعينانه . وعند إجراء عقد الزواج بمحل آخر خارج المحكمة يعين نائب من طرف المحكمة بالإنابة المخصوصة من الحائزين على صفة رسمية » .

وإن هذا بلا شك حكم شكلى نظامى يتعلق بتوثيق عقد الزواج ، وهو حكم له مقامه ، وهو يسير على أحكام عقود الزواج كلها ، سواء أكانت عقود مسلمين أم كانت عقود عيسويين أو يهود ؛ وأن ذلك له الأثر الواضح الضرورى بالنسبة للشرائع التى تمنع تعدد الزوجات .

ولكن بالنسبة للمسلمين أيعتبر العقد صحيحاً إذا لم تتخذ هذه الإجراءات لم يعتبر غير صحيح ؟ الظاهر أن القانون لا يمنع الصحة . ولكن بمقتضى الظاهر يمنع الاعتراف الرسمى به ، ولذا لا تسمع الدعوى به كما هو الشأن فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بالقاهرة .

وإن لذلك مقاماً من التفصيل نبينه عندما نتكلم فى هذا الموضع .

١٩ — وهناك أحكام موضوعية كثيرة بعضها من المذهب الحنفى بترجيح رأى على رأى ، كالنص على أن زواج البالغة العاقلة لا يجوز إلا بإذن وليها ، إذ أن ذلك هو رأى الإمام محمد ، فهو يرى أن المرأة إذا زوجت نفسها بغير إذن وليها كان العقد موقوفا حتى يأذن الولى ، وقد نصت على ذلك المادة الثامنة .

وبعض هذه الأحكام من المذاهب الثلاثة غير مذهب أبى حنيفة ، كمنع زواج المجنون والمجنونة إلا عند الضرورة ، وبإذن من الحاكم فإن ذلك رأى عند الشافعى وأحمد .

وأحياناً يترك المذاهب الأربعة ويأخذ من غيرها . كالشأن في بطلان زواج الصغير والصغيرة الذي هو رأي عثمان البتي وابن شبرمة ، وأبي بكر الأصم،ولم يعتبر البلوغ بالأمارات الطبيعية بإطلاق ،وأخذ برأي أبي حنيفة في تقدير البلوغ بالسن،إذ أن أبا حنيفة يرى أن البلوغ بالسن يكون بثماني عشرة سنة للغلام وسبع عشرة سنة للأنثى ، وقد أجاز مع ذلك للمراهق أن يطلب الزواج ويأذن له القاضي ، إن رأى فيه مصلحة له ، وهذا نص المواد ٤،٥،٦ .

المادة ٤ — يشترط ليكون الخاطب حائزاً أهلية النكاح أن يتم الثامنة عشرة والمخطوبة أن تتم السابعة عشرة .

المادة ٥ — إذا راجع المراهق الذي لم يكمل السنة الثامنة عشرة من العمر ، وبين أنه بلغ فللحاكم أن يأذن له بالزواج إذا كان حاله يتحمل ذلك .

المادة ٦ — إذا راجعت المراهقة التي لم يتم السابعة عشرة من العمر . وادعت أنها بلغت يأذن لها الحاكم بالزواج إن كان حالها يتحمل ذلك وأذن وليها .

٢٠ — وهذه أمثلة توضح أن قانون حقوق العائلة لم يقتصر على المذاهب الأربعة ، بل أخذ من غيرها . ومما أخذ من مذهب الإمام أحمد أن المرأة إذا اشترطت ألا يتزوج عليها ، وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق ، فالعقد صحيح ، والشرط معتبر .

وهكذا نجد قانون حقوق العائلة الذي صدر في سنة ١٩١٧ بالنسبة لتركيا ، والذي يطبق في لبنان مع تعديل بعض أحكامه ، هو خطوة واسعة سبقت فيه تركيا الإسلامية مصر .

ومع أن لبنان تأخذ في الجملة بقانون حقوق العائلة قد أدخلت عليه تعديلات شكلية بالقرار رقم ١٤٦ - الصادر في سنة ١٩٣٨ - كما صدر أيضاً تعديل في طرق التوثيق في سنة ١٩٥١ سواء أكان التوثيق يتعلق بالولادة أم كان يتعلق بالزواج والطلاق .

ويجب التنبيه هنا إلى أن طائفة الدروز صدر لها قانون الأحوال الشخصية خاص بها ، وهو منفصل تمام الانفصال عن قانون حقوق العائلة التركى فى أصله .

وإن قانون الدروز صدر فى سنة ١٩٤٨ ، وقد اشتمل على أحكام جديدة ليست فى المذاهب الأربعة ولا غيرها ، ولم يؤثر عن أحد من السلف الصالح ، وفيه مناهضة لأحكام القرآن والسنة ، ومن ذلك الحكم بأن الزوجة الثانية زواجها باطل ، فقد جاء فى المادة التاسعة « ممنوع تعدد الزوجات فلا يجوز للرجل أن يجمع بين زوجتين . وإن فعل فزواج الثانية باطل » وهذا مثل يدل على مدى تحلل ذلك القانون من الفقه الإسلامى جملة .

وسنتكلم عما اشتمل عليه ذلك القانون فى جملة أجزائه ونبين كل جزء عند مقارنته بغيره .

قانون الأسرة فى سوريا

٢١ — ولئن تركنا لبنان إلى جارتها سوريا العزيزة لنجدن قانون حقوق العائلة هو السارى فيها إلى سنة ١٩٥٣ كما نوهنا من قبل ، لقد كانت سوريا تأخذ بقانون حقوق العائلة كما تبين فى النقل الذى نقلناه سابقاً ، ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية التى اقترنت بقانون الأحوال الشخصية الصادر فى ١٧ / ٩ / ١٩٥٣ :

« أصدرت الحكومة العثمانية ، فى سنة ١٢٩٣ مجلة الأحكام الشرعية ، ثم سنة ١٣٣٦ قرار حقوق العائلة المعمول به اليوم ، وأخذت فيه بطائفة من أحكام المذاهب الثلاثة الأخرى ، واختارت بعض الأقوال غير الراجحة فى المذهب الحنفى ، وأخذت أحكاماً من غير المذاهب الأربعة التى استقر العمل عليها » .

وقد أشرنا إلى بعض ما أخذ به من غير المذاهب الأربعة

٢٢ — وقانون الأحوال الشخصية الصادر سنة ١٩٥٣ هو خطوة واسعة إلى الأمام ، وقد كان بين يدى سوريا المشروعات التى وضعت فى مصر سنة ١٩٢٦ ، وقانون سنة ١٩٢٠ ، وقانون سنة ١٩٢٩ ، والمشروعات التى وضعتها وزارة الشئون الاجتماعية المصرية ، ووزارة العدل ، وقانون الميراث وقانون الوصية ، ومايثيره الاجتماعيون فى مصر وسوريا من آراء . وقد جاء قانونها ثمرة لهذا ، وعلاجاً لبعض مشاكل الأسرة ، وبعضه كان فى دائرة الاعتدال والسنن القويم ، وبعضه كان مجاوبة للروح المنبعثة بين بعض المسلمين ولذلك جاء فى المذكرة الإيضاحية « أن المصدر الثانى للقانون . هو القوانين المصرية مع بعض التعديل أحياناً لما يوافق المصلحة المحلية » .

وفى الحق إنه لم يأخذ فقط من القوانين المصرية ، بل أخذ من المشروعات التى هى موضع اختلاف فى الرأى بين المصريين ولم يرتضها إلى الآن المفكرون فى مصر ، بل هى موضع نظر عند بعضهم ، وموضع استنكار من آخرين ، وموضع قبول من عدد محدود ، ولكنه كثير الضجة واللجاجة .

ومن هذه الموضوعات التى هى موضع تفكير فى مصر ، والأكثرون يرفضونها تقييد تعدد الزوجات وتقييد الطلاق ، وفى الوقت الذى تتردد فيه مصر منذ انبعث فى أرجائها ، وهى أول مكان انبعثت فيه هذه الفكرة ، فى هذا الوقت أقدمت عليه سوريا .

فقد جعل الزواج الثانى المتزوج لا يوثق إلا بإذن من القاضى الشرعى . وللقاضى ألا يأذن إذا لم يثبت القدرة على الإنفاق على زوجتين ، كما أنه قرر التعويض عند التعسف فى استعمال الطلاق ولا نريد أن ندخل فى تفصيل أحكام ذلك القانون ، ولكن نشير هنا إلى أنه أتى بأمر جديد . وهو اشتراط التناسب فى السن . لكى يأذن القاضى بالزواج فقد جاء فى المادة التاسعة عشرة منه ما نصه :

« إذا كان الخاطبان غير متناسبين سناً ، ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي ألا يأذن » .

وإن ذلك بلاريب مبدأ جديد ، وعندما نعرض لموضوعه سنناقشه لتبيين مقدار المصلحة فيه ، وهل يسوغ تقييد حرية الاختيار به .

٢٣ — وقانون الأحوال الشخصية في سوريا قد خص الدروز بأحكام خاصة فقد جاء في المادة ٣٠٧ : لايعتبر بالنسبة للطائفة الدرزية مايخالف الأحكام التالية :

(ا) يتثبت القاضي من أهلية العاقدين وصحة الزواج قبل العقد .

(ب) لايجوز تعدد الزوجات .

وهذا يخالف القانون العام فإن أحكام القانون العام تبيح التعدد ، ولكن للقاضي ألا يأذن ، أما بالنسبة للدروز فالتعدد لايجوز أصلا .

(ج) لاتسري أحكام اللعان والرضاع على أفراد الطائفة .

(د) إذا تزوج شخص بنتاً على أنها بكر ثم ظهر أنها ثيب فإن كان عالماً بذلك قبل دخوله بها فليس له حق المطالبة بشيء من المهر والجهاز . وإن لم يعلم بذلك إلا بعد الدخول بها فله استرجاع نصف المهر ، إن أراد إبقاءها في عصمته ، وله استرجاع كامل المهر والجهاز إن ثبت أن فض البكارة كان بسبب الزنى وأراد تطليقها .

وإذا ادعى الزوج كذباً أنه وجد زوجته ثيباً وطلبت التفريق منه كان لها أن تستبقي ماقبضته من مهر وجهاز .

(هـ) إذا حكم على الزوجة بالزنى فللزوج تطليقها واسترجاع مادفعه من مهر ، ومابقي من جهاز ، وإذا حكم على الزوج بالزنى فللزوجة طلب التفريق وأخذ كامل مهرها المؤجل .

(و) لايقع الطلاق إلا بحكم القاضي وبتقرير منه .

(ز) لايجوز عودة المطلقة إلى عصمة مطلقها .

(ح) تنفذ الوصية للوارث ولغيره بالثلث وبأكثر منه .

(ط) أن الفرع المتوفى قبل وفاة مورثه تقوم فروعه مقامه ويأخذ نصيبه كما لو كان حياً .

هذه إشارة إلى القانون السورى فى الأحوال الشخصية وخطواته ومصادره.

فى مصـــر

٢٤ — أما مصر فقد اتجهت إلى التعديل فى سنة ١٩١٥ ، ولـكن لم يتم ، ولهذا تقدمت تركيا فى الإصلاح عليها . وكان ما فى لبنان وسوريا امتداداً لما كان فى تركيا ، وقدمنا الكلام على المعمول به عندهما .

ولقد أشرنا من قبل إلى أن مشروع سنة ١٩١٥ طوى . واستمر مطوياً حتى ظهر جزء قليل فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . وكان ذلك القانون من عمل لجنة مؤلفة من حضرات أصحاب الفضيلة شيخ الأزهر ، وشيخ السادة المالـكية ، ورئيس المحكمة العليا الشرعية ، ومفتى الديار المصرية ، ونائب السادة المالـكية ، وغيرهم من العلماء . والقانون كله مأخوذ من مذهب مالك ، ولهذا نص فى ديباجة القانون على شيخ المالـكية ونائبهم .

وخلاصة ما جاء بذلك القانون :

(ا) أنه اعتبر نفقة الزوجة ديناً من وقت الامتناع ، ولو لم يكن قضاء بها أو تراض عليها ، وكذلك نفقة العدة ولم يكن لذلك أمد سابق على الدعوى ، ولـكن عدل عن ذلك من بعد فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إذ منع سماع دعوى نفقة الزوجية لأكثر من ثلاث سنين سابقة على رفع الدعوى .

وأجاز لزوجة العاجز عن النفقة طلب الطلاق ، ويحكم بالطلاق بعد التأجيل شهراً ، وكذلك زوجة الممتنع عن الإنفاق مع القدرة ، ولـكن من غير تأجيل ، وذلك كله إذا لم يكن للزوج مال ظاهر ، وأجاز مثل ذلك لزوجة الغائب إن لم يكن له مال ظاهر حاضر تنفذ أحكام النفقة فيه ، وكل هذا فى

قيود وحدود رسمها ، سنبينها فى موضعها . والطلاق فى مثل هذه الأحوال طلاق رجعى بحيث يكون للزوج حق الرجعة .

(ب) وأعطى الزوجة حق طلب التفريق إذا وجدت بزوجها عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، سواء أ كان ذلك بالزواج قبل العقد ، ولم تعلم به عند إنشائه ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز طلب التفريق ، واعتبر التفريق فى هذه الحال طلاقاً بائناً .

(ج) واعتبر القانون المفقود فى حكم الميت بالنسبة للزواج إذا لم يعد بعد أربع سنين من وقت رفع الأمر إلى القاضى فأجاز للزوجة أن تعتد عدة الوفاة بعد تلك المدة ، وإذا تزوجت بعدها . ثم عاد المفقود وظهر حياً بطل العقد وعادت إليه إن لم يدخل بها العاقد عليها ، وإن كان قد دخل فهى لهذا العاقد ، ويفسخ زواجها من المفقود إذا كان عقدها من الثانى صحيحاً ، وكان كلاهما لا يعلم بحياة المفقود .

(د) ولم يستفد الرجل من هذا القانون إلا شيئاً واحداً وهو سد الطريق على المطلقات ذوات الأقراء حتى لا يكذبن ، وينكرن الحيض ويستمررن فى استدرار النفقة ، وقد رأين الحيض ثلاث مرات ، بل مرات كثيرة ، وذلك لأن مذهب أبى حنيفة جعل القول قولها فى ذلك من غير قيد ولا شرط ولم يجعل لذلك أمداً محدوداً . فجعل القانون الأمد ثلاث سنوات لغير المرضع ، تبتدىء من وقت الطلاق ، فإن مرت سنة بيضاء انتهت العدة ، فإن رأت مرة الحيض فيها استؤنفت أخرى ، فإن مرت بيضاء انتهت العدة ، وإن رأت الحيض مرة استؤنفت السنة الثالثة وتنتهى فيها العدة برؤية الحيض أو بمرورها بيضاء ، وإذا(١)

(١) هذا حكم المادة الثالثة من القانون وقد عدلت بالقانون الصادر بتاريخ ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ ، ومنعت سماع دعوى نفقة المعتدة لمدة أكثر من سنة؛ وقد تضمن =

كانت المعتدة ذوات الإقراء مرضعاً ، ابتدأت السنوات الثلاث من وقت انتهاء الرضاع ما دامت لاتحيض فى رضاعها .

٢٥ — هذه خلاصة أول قانون إصلاحى فى الأسرة ، ولا نستطيع أن نقول إن كل ما اشتمل عليه إصلاح حقيق ، فإن لذلك موضعه من الدراسة الفقهية المفصلة .

ولقد كان أول قانون إصلاحى صدر بعد ذلك هو القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ، وكان ذلك القانون فى مادتين اثنتين ، ومضمونهما أنه لاتسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وقد العقد ، وسن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة فى ذلك الوقت ، وأنه لايجوز لموثق عقد الزواج أن يباشروا عقداً لم يبلغ الزوجان فيه هذه السن .

وقد عدل بعد ذلك فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فقرر أن منع سماع الدعوى إنما يكون إذا كانت السن وقت التقاضى لاتقل عن السن المحدودة لكلا الزوجين لا وقت إنشاء العقد .

٢٦ — ولقد وجدت من بعد ذلك دعوات لإصلاح جرىء لم تكن مقصورة على الدوائر المحدودة فى المذاهب الأربعة ، فألفت فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٦ لجنة مؤلفة من رجال ذوى جرأة ، فوضعت اقتراحات لم تكن مقيدة بالمذاهب الأربعة لاتعدوها ، بل تجاوزت ذلك النطاق إلى آراء فقهاء الإسلام عامة تقتبس منها ماتراه أنفع للأسرة ، بل تجاوزت ذلك وارتقت إلى الكتاب والسنة تقتبس منهما على حسب مايدركه رجالها ، ولو ناقضت آراءهم فى ذلك أقوال السالفين ، وبعض ما انتهت إليه كان مما كان يدعو الأستاذ الشيخ محمد عبده إلى التفكير فيه .

= ذلك القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكذلك عدلت أحكام المفقود لجعلت عامة "سبة" للزوجة والوفاة فى ذلك القانون .

ولقد كان ماوصلت إليه هذه اللجنة بين أيدى الذين شرعوا فى سوريا فأخذوا ببعض ما اقترحته :

٢٧ — وخلاصة ماتقدمت به هذه اللجنة من مقترحات :

(ا) أنه تقيد رغبة الرجل فى تعدد الأزواج فاشترطت لتزوج الرجل المتزوج بأخرى ألا يوثق العقد إلا بإذن من القاضى المختص ومنع القضاة من أن يأذنوا إلا إذا أثبت طالب التوثيق قدرته على العدالة وعلى الإنفاق على زوجته ومن يعوله ، من أصوله وفروعه وغيرهم ممن تجب عليه نفقتهم .

(ب) وأنه لايقع طلاق المكره ، ولا السكران ، ولا الطلاق المعلق إذا قصد به الحمل على فعل أو المنع من فعل وأن الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لايقع إلا واحدة ، وإن كنايات الطلاق (وهى ما تحتمل الطلاق وغيره) لايقع بها الطلاق إلا بالنية ، وأن كل طلاق رجعى إلا المكمل للثلاث . والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ؛ وما نص القانون على أنه بائن .

(ح) وأنه إذا اشترطت الزوجة فى عقد الزواج شرطاً فيه منفعة لها ، ولا ينافى مقاصد القصد ، كألا يتزوج عليها أو لاينقلها إلى بلد آخر صح الشرط ولزم ، وكان لها فسخ الزواج إذا لم يف لها بالشرط ، ولا يسقط حقها فى طلب الفسخ ، إلا إذا أسقطته ، أو رضيت بمخالفة الشرط .

(د) وأن الزوجة إذا ادعت إضرار زوجها لها بما لايستطاع معه دوام العشرة عادة بين أمثالها وطلبت التفريق طلقها القاضى طلقة بائنة إن طلبت ذلك وثبت الضرر ، وعجز عن الإصلاح بينهما ، وإن لم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى بما يريانه ، وسن لهما طريقاً يسلكانه على تفصيل فى ذلك سنبينه فى موضعه ، وسنبين مقدار ما أخذ به منه .

(ه) وأن لزوجة من غاب سنة فأكثر أن تطلب الطلاق ولو ترك مالا تنفق منه ، وإن أمكن وصول الرسائل إليه ضرب له القاضى أجلا ، فإن لم يحضر للإقامة معها فرق القاضى بينهما بطلقة بائنة .

وجعل ذلك أيضاً لزوجة المحكوم عليه بالحبس ثلاث سنوات فأكثر، إذا مضت سنة من تاريخ حبسه .

(و) وأن دعوى النسب لا تسمع إذا ثبت عدم التلاقى بين الزوجين من حين العقد إلى حين الولادة ، كما لا تسمع دعوى نسب ولد أتت به بعد سنة من غيبة الزوج ، إذا ثبت عدم التلاقى بينهما هذه المدة ، ولا تسمع أيضاً دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة .

(ز) وأن نفقة الزوجية ونفقة العدة تقدر بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما تكن حال الزوجة ، وأنه لا تسمع دعوى نفقة العدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

(ح) وأن للقاضى أن يأذن بحضانة الصغير من سبع سنوات إلى تسع ، والصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة .

٢٨ — هذه خلاصة ما اقترحته تلك اللجنة . وبعضه اختيار لأحد قولين مصححين فى المذهب الحنفى ، وبعضه من المذاهب الثلاثة ، وبعضه من أقوال ابن تيمية ، وبعضه اعتمدت فيه اللجنة على اجتهادها ، وحسبت ما وصلت إليه بهذا الاجتهاد إصلاحاً .

وقد قامت ضجة شديدة حول هذه المقترحات ، وكان من آثارها أن نام المشروع فى وزارة العدل ، إلى أن استيقظ أكثره فى سنة ١٩٢٩ فقد صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، واقتصر هذا القانون على ما جاء فى المذاهب الأربعة ، وترك مالم يكن فى هذا النطاق إلا فى الطلاق المتعدد والطلاق المعلق واطرح فكرة تقييد تعدد الزوجات وما من شأنه أن يؤدى إليها ، كما اطرح الإلزام بكل شرط تشترطه الزوجة ، لأن ذلك قد يؤدى إلى العبث بالحياة الزوجية .

وقد اشتمل قانون سنة ١٩٢٩ على إصلاحات قانونية أخرى منها مسألة

المفقود ، فقد سوى بين زوجة المفقود ، وتركته فى الحكم بالوفاة على تفصيل مذكور فى موضعه إن شاء الله تعالى .

٢٩ — ولم يقف الأمر بمصر عند هذا الحد . بل سار الإصلاح فى طريقه إلى أقصى خطواته فألفت سنة ١٩٣٦ لجنة للأحوال الشخصية كان من ثمرات عملها قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وقد ألغى الوقف الأهلى بعد ذلك بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وكان من ثمرات هذه اللجنة أيضاً القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو خاص بتنظيم الوصية .

وإنه فى المشروعات التى تعدها اللجان التشريعية للجمهورية المصرية مشروع قانون للأحوال الشخصية . وهو مشروع فيه إصلاح جيد للأسرة مع الاتزان من غير انحراف ، وإنا نرجو ألا نبتدىء فى تفصيل القول فى موضوعات الزواج إلا وهو قانون ، لنتولاه بالشرح والتفصيل . ورد مواده إلى مصادرها الأصلية ، ووجه الإصلاح فيه .

فى السودان

٣٠ — وإنه لما بين مصر والسودان من صلات قوية لا تقبل الانفصام كانت الإصلاحات التى تجرى فى مصر يكون صداها فى السودان ، بل إنه فى كثير من الأحوال يكون النداء فى مصر بأمر إصلاحى يكون به مشروع قانون ، ثم يتردد الناس فى قبوله بمصر وسرعان ما نجده معمولا به فى السودان.

وفوق ذلك فإن المذهب السائد عند الشعب السودانى هو المذهب المالكى يتفقه علماؤهم فيه ، ويتعبد الناس على مقتضاه ، ولقد كان لهذه القوة الشعبية أثرها فى المعمول به فى المحاكم الشخصية ، فدخلت فيها أحكام من مذهب

مالك قبل أن يؤخذ بها فى مصر ، مع أنه كان المنصوص عليه عندهم إبان ذاك أنه يعمل بمذهب أبى حنيفة ، أى بالراجح منه .

والسبب فى مرونة التطبيق فى السودان من حيث الاقتباس المذهبى ومجاوبة دواعى الإصلاح فيه أكثر من مصر هو اللائحة التى تقضى على مقتضاها محاكم الأحوال الشخصية هناك .

وذلك لأن قانون اللائحة الأولى التى وضعت فى سنة ١٩٠٢ بالسودان قد فتحت الباب للتعديل فى المعمول به عن أيسر طريق ، إذ أن المادة الثامنة منها قد نصت على أن لقاضى القضاة أن يصدر من وقت لآخر بموافقة الحاكم العام تعليمات تتناسب مع هذا القانون لتنسيق قرارات ونظام وتشكيل وسلطة وعمل المحاكم الشرعية .

ولما جاءت لائحة سنة ١٩١٥ التى تنص على أنه يجب أن يقضى فى المحاكم الشرعية بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة استثنى من ذلك الأحوال التى يأمر فيها قاضى القضاة بخلافه بموجب منشور أو مذكرة قضائية [١] .

٣١ — وبهذا يتبين أن الذى كان معمولا به فى السودان متشعب إلى شعبتين :

إحداهما : الراجح من مذهب أبى حنيفة وهو الأصل .

والثانية : المنشورات التى ينشرها قاضى القضاة ، فإنه يعمل بها ، وهى فى قوة القانون ، أو هى فى ذاتها بعد مصادقة الحاكم تعتبر قانوناً واجب التنفيذ ، لأنها تستمد قوتها من نص قانونى ، فهى فى كل صورها ومعانيها تطبيق للمادة ٥٣ من القانون المنظم للمحاكم الشرعية .

وإن هذا كما أشرنا هو السبب فى سبق السودان إلى الإصلاحات التى تتجاوب أصداؤها فى مصر قبل أن تصير فيها قانوناً معمولا به .

---

(١) كتاب الأحوال الشخصية لصديقنا المرحوم الأستاذ الشيخ معوض مصطفى سرحان

٣٢ — ولقد سبق السودان مصر فى عدة مبادىء كان يتردد النداء بها فى مصر ، فتصير قانوناً أو فى حكم القانون فى السودان .

وأول ماظهر ذلك فى المشروع الذى تقدمت به مصر سنة ١٩١٥ لتنظيم قانون للأحوال الشخصية ، ثم لقى معارضة شديدة ، فإنه سرعان ما أخذ بعض مبادئه ، مع غيرها ، وعمل بها فى السودان بمقتضى المنشور رقم ١٧ لسنة ١٩١٦ فإنه قد أخذ فيه بمبدأ طلب التفريق لعدم الإنفاق ، والحكم بموت المفقود .

وفى هذا المنشور مبدآن سبق فيهما مصر ، وهما إعطاء المرأة حق طلب التفريق لخوف الفتنة إذا غاب عنها زوجها ، وإعطاء المرأة الحق فى طلب التفريق لسوء العشرة وبعث الحكمين ، فإن هذين المبدأين لم يتقررا فى مصر إلا سنة ١٩٢٩ .

ومما سبق السودان فيه مصر من حيث التطبيق ، لامن حيث التفكير منع سماع دعوى النفقة للمعتدة لمدة لاتزيد على سنة ، وإن كان قد خالف بالنسبة للمرضع ، فاستثنى مدة الرضاع ؛ ومنع السماع لمدة ثلاثة أشهر تبتدىء من بعد الرضاعة .

وإن ذلك مما اشتمل عليه المنشور رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧ . ومما اشتمل عليه ذلك المنشور أيضاً وهو فيه متأخر عن مصر هو التفريق للعيوب ، واعتبار نفقة الزوجية ديناً من وقت الامتناع عن الوجوب ، فإن هذين المبدأين أخذ بهما فى مصر فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بينما لم يؤخذ بهما فى السودان إلا فى المنشور رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧ .

٣٣ — وقد سبقت مصر وتأخر السودان فيما تضمنه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ غير ما أخذ به المنشور رقم ٢٧ لسنة ١٩١٦ فإنه فى المنشور رقم ٣٤ لسنة ١٩٣٣ ، والمنشور رقم ٤١ لسنة ١٩٣٥ قد أخذ بسائر ما اشتمل عليه فى مصر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ولكن مع أن السودان قد اقتبس من مصر بعد أن دخلت فى قوانينها إصلاحات جوهرية نجده مع ذلك فى هذه الفترة قد أبرز إصلاحات واضحة فهو قد اعتبر الخلع أو المبارأة لايسقط بهما من الحقوق المالية إلا ماينص على سقوطه، وذلك ترجيح لرأى الإمام محمد من أصحاب أبى حنيفة، وقد خالف فى هذا شيخه أبا حنيفة فى الأمرين، وخالف شيخه أبا يوسف فى المبارأة.

وذلك فيما تضمنه المنشور رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧، فهو قد زاد على القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذى اعتبر دين النفقة قوياً لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء، زاد عليه التصريح بأن الخلع لايسقط الحقوق المالية التى لم ينص عليها، ومنها دين النفقة.

ومما استقل به القانون السودانى أنه جعل نظام الولاية الإجبارية على الزواج يسير على مقتضى مذهب الإمام مالك الذى يقصر الولاية الإجبارية فى الزواج على الأب ووصيه بالزواج.

٣٤ — ومع ذلك نقرر أن السودان لم يتابع مصر فى أمور ثلاثة.

أولها: فى منع سماع الدعوى إلا بوثيقة زواج رسمية صادرة على يد موظف مختص إذ كان ذلك هو حكم القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١. ولعل السبب فى ذلك أن علماء السودان لم يريدوا تقييد طريق الإثبات، وذلك بمنع سماع الدعوى إلا بوثيقة فإن هذا يفرض أن يكون زواج ثابت صحيح بحكم الشرع ومع ذلك لايحكم بآثاره، لأن الحياة مازالت فى بعض الأوساط السودانية ساذجة قد يكون التوثيق الرسمى غير متيسر فى كل الأحوال، ولأنه لم يظهر تلاعب بكتابة أوراق عرفية بعقود لم تقع؛ إذ أن ذلك يكون حيث تكثر العلاقات غير الشرعية التى يراد إعطاء أوراق بعقود لها، ولم يكن ثمة عقد.

ثانيها: أن السودان لم يأخذ بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص

بالوقف ، كما لم يأخذ بأحكام القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته المختلفة لعدم وجود المقتضيات التى أوجبت صدور القوانين المذكورة .

ثالثها : أن السودان لم يأخذ بأكثر التعديلات التى جاء بها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بتنظيم أحكام الميراث ، كما لم ينظم الوصية بالمنهاج الذى نظمت به فى القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ .

٣٥ — ولكن يجب التنبيه هنا إلى أن السودان قد سبق مصر ببعض التعديل الذى جاء فى قانون الميراث المذكور آنفاً وكذلك المذكور فى قانون الوصية ومن ذلك ما يأتى :

(ا) فقد نص المنشور رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٥ على الرد على أحد الزوجين إذا لم يكن من الوارثين مستحق سواهما وذلك بعض ماورد عن عثمان بن عفان رضى الله عنه .

(ب) نص فى هذا المنشور أيضاً على الأخذ بمذهب جمهور الفقهاء على إشراك الأشقاء والشقيقات مع أولاد الأم إذا كان أولاد الأم يأخذون بينما لا يستحق الأشقاء شيئاً بالتعصيب .

(ج) نص أيضاً هذا المنشور على أن الجد الصحيح لا يحجب الأشقاء أو لأب ، وقد أخذ فى ذلك بمذهب زيد الذى هو مذهب جمهور الفقهاء .

(د) وقد نص المنشور رقم ٥٣ سنة ١٩٤٥ على نفاذ الوصية لوارث من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، كما نص أيضاً على لزوم الوصية بتقسيم التركة الذى هو رأى فى مذهب الإمامين الشافعى وأحمد رضى الله عنهما .

٣٦ — هذه صورة واضحة مما تضمنه الإصلاح الذى كان فى السودان ، وإنه ليسر القارىء أن الذى أشار بهذا الإصلاح هو قاضى القضاة ، وقد كان يعين من مصر ، وأياً كانت صورة هذا الإصلاح ، وسواء أخذ به فى مصر أم لم يؤخذ فهو نوع من المجاوبة الروحية بين الشعبين الشقيقين

اللذين يسكنان رقعة واحدة من الأرض ، ويدينان بدين واحد ، ويتكلمان بلغة واحدة .

وإنا لنرجو بعد أن تقلص ظل الأجنبي من السودان وبعد أن زال من مصر أن تتوثق العلاقة الروحية ، فى ظل المودة الواصلة ، والتعاون الوثيق والسير نحو الوحدة الفكرية والاجتماعية والاقتصادية ، سواء أتحققت الوحدة السياسية أم لم تتحقق .

فى العراق

٣٧ — إن العراق نبت فيه المذهب الحنفى ، إذ نبتت فيه الآراء الفقهية لمدرسة أبى حنيفة . فيقال عن فقه هذه المدرسة إنه الفقه العراقى ، ولم يختص فقه بهذه النسبة غير الفقه الحنفى ، ولهذه العلاقة الوثيقة بين الفقه الحنفى والعراق وأهله ما زال ذلك الفقه هو صاحب السلطان فى أحكام الأسرة ، وله أيضاً سلطان فى القانون المدنى . فما زالت المجلة وهى خلاصة المذهب الحنفى فى المعاملات تحتل مكاناً فى القانون المدنى العراقى .

ولقد استمر المذهب الحنفى فى الأحوال الشخصية هو الأصل ، ولكن القانون الأساسى العراقى فتح الباب لغيره ، ذلك بأن العراق يسكنه من الشيعة عدد كبير ، فكان لابد أن يتسع التطبيق المذهبي لآراء أئمتهم ، ولذا جاء بالمادة ٧٧ من القانون الأساسى العراقى ما نصه :

يجرى القضاء فى المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية بموجب أحكام خاصة ، ويكون القاضى من مذهب أكثرية السكان فى المحل الذى يعين له مع بقاء القاضيين السنى والجعفرى فى مدينتى بغداد والبصرة .

ويرى من هذا النص أمران :

أحدهما : أن البلد الذى يكثر فيه اتباع مذهب يكون القاضى من مذهب

هذه الأكثرية ، فإذا كانت مدينة أو ناحية يكثر فيها الحنفية ، فالقاضى حنفى . وإن كانت الكثرة مالكية فمالكى ، وإن كانت الأكثرية شافعية فشافعى وهذا مقتضى ما يدل عليه النص .

الثانى : أن مدينة بغداد ومدينة البصرة يجب أن يكون فى كل واحدة منهما قاضيان أحدهما سنى والآخر جعفرى شيعى ، ويظهر أن ذلك لتقارب العدد بين الطائفتين . وظاهر الأحوال يفيد أن القاضى السنى يكون حنفياً ، لأن المذهب الحنفى له المقام والاعتبار بجوار المذهب الجعفرى .

٣٨ — ولقد كان لذلك الاختلاف التطبيقى أثره فى قانون المرافعات الذى ينظم طرق التقاضى . فقد جاء فى ذيل هذا القانون ما نصه : « فى الدعاوى المتعلقة بالمواد الشخصية كالنكاح ، وما يتفرع عنه والهبة والوصية والإرث والحجر والوقف إذا كان الطرفان من مذهب غير مذهب الحاكم، وطلبا بالاتفاق أن تحال القضية إلى عالم من مذهبهما فعلى الحاكم إحالتهما وفقاً للطلب وبعد أن يحسمها العالم تعرض عليه فيؤيدها ، وينظم بذلك إعلاماً » . . .

وفى هذه المادة فرض أن الخصمين من مذهب واحد وأرادا الاحتكام إلى عالم معين ، وإذا تخلف الفرض الأول ، وهو أن يكونا من مذهب واحد ، بل من مذهبين مختلفين فإن القاضى الحنفى أو الجعفرى هو الذى يقضى على حسب أكثرية المكان ، وإذا تخلف الفرض الثانى ، وهو أن يتفقا على عالم بعينه ، ولكنهما يطلبان الحكم لهما بمقتضى مذهبهما ، فقد نص قانون الحاكم الشرعية على هذه الحال فى المادة الثامنة منه فقد جاء فيها :

« على القاضى عندما يحيل القضية إلى عالم بمقتضى هذا القانون أن يرسلها إلى العالم الذى يتفق عليه الطرفان ، وإذا لم يتفقا فإلى العالم المسلَّم علمه لدى وزارة العدلية ، وإذا لم يوجد فإلى العالم الذى يرى فيه الكفاءة اللازمة لإبداء الرأى فى القضية . وإذا اتفق الطرفان فى قضية مقدمة إلى قاض سنى

على أن تطبق على قضيتهما أحكام أحد المذاهب الأربعة ، فعلى القاضى أن يطبقها ، ولتحقق تلك الأحكام يجوز أن يحيل تلك الدعوى إلى عالم من المذهب المتفق عليه إن رأى ذلك لازماً » .

ومن هذه المادة يفهم أن المتحدين فى المذهب شافعيين أو مالكيين ، أو حنبليين لهما أن يتحاكما إلى عالم من مذهبهما ، وأن يعيناه عند القاضى على أن يكون من العلماء الذين تقرر علمهم فى المذهب بصفة رسمية ، فإن لم يكن ذلك فللقاضى أن يختار من يثق به .

٣٩ — وإن المادة لاتكتفى بذلك ، بل تجيز لأى خصمين أن يتفقا على اختيار مذهب من المذاهب الأربعة ليقضى لهما بمقتضى أحكامه ، والقاضى يقضى بهذه الأحكام على مقتضى علمه بهذا المذهب إن توافرت لديه أسباب المعرفة ، وله أن يحيل من تلقاء نفسه القضية إلى عالم من علماء هذا المذهب .

ويجب أن يلاحظ فى ذلك أمران :

أحدهما : أن العالم الذى يحال عليه نظر الدعوى لايكون حكمه ملزماً إلا إذا صادق عليه القاضى الذى أحال القضية . ولاينفذ إلا بعد إعلان ذلك القاضى .

ثانيهما : أنه إذا كان الخصمان حنفيين أو جعفريين ، فلا مناص من الحكم بالمذهب الحنفى أو المذهب الجعفرى ، وإذا كان القاضى سنياً ، والخصمان جعفريين فلا بد أن يحيل القضية على عالم جعفرى ، وكذلك إذا كان الخصمان حنفيين ، وكان القاضى فى المنطقة جعفرياً ، فإنه يحيل القضية على عالم سنى .

٤٠ — ويستخلص من هذا كله أن العراق قد اتسع التطبيق فيه للمذاهب الإسلامية الخمسة ، المذهب الجعفرى ، والمذاهب الأربعة ، وأن القضاء فيها مرن يتسع لهذه المذاهب كلها ، وأن السبب فى هذه المرونة هو جواز التحكيم لعالم من علماء مذهب الخصمين ، وتنفيذ القاضى لما يحكم به ، وإن ذلك فيه نفع وقد يوجه إليه نقد ، أما النفع فهو التوافق بين الحكم الذى يحكم به فى نظام

الأسرة والضمير الديني ، فإن الذى يعتنق مذهباً ويطمئن إليه أحكامه تتفق مع ضميره الديني تمام الاتفاق ، وإن ذلك له فائدته ، وربما تكون تلك الاستراحة النفسية إذا قضى له بغير مذهبه ، وخصوصاً إذا كان الاختلاف ليس فقط فى طرق الاجتهاد فى الفروع ، بل فى أمر يتصل بالمناهج الطائفية ، لا بالناحية المذهبية الفرعية فقط .

وإنه إذا كان الافتراق الطائفى قد فترت حدته ، قد بقيت مع ذلك آثاره وفوق ذلك فإن ذلك الاتساع قد أوجد فرصة للتحكيم ، فإن القضية إذ أحيلت على عالم موثوق به من طرفى الخصومة ، فإنه بلا شك سيعمل على حسم الخصومة ، لا على الحكم فقط بينهما ، وكل تحكيم فى شأن الأسرة هو محمود المغبة ، لأنه يندر أن يصل التقاضى فى مجلس القضاء إلى إصابة موضع النزاع ، وحسم الداء ، بينما يصل التحكيم إلى هذه الغاية فى أكثر الأحوال .

٤١ — هذا وجه النفع فى الرجوع إلى عالم من علماء المذهب ، أما وجه النقد فهو أن من المصلحة أن يكون القانون الذى يحكم به فى الأحوال الشخصية معروفاً محدود المعالم بيناً واضحاً ، وإن القانون كلما كان واحداً للجميع كان أقرب إلى العدالة ، وخصوصاً أن الخلاف فى مسائل الزواج والطلاق ليس كبيراً حتى بين الشيعة والسنة ، وماعساه يكون من خلاف ليس بجوهرى إلا فى بعض مسائل محدودة جداً كإجازة المتعة عند الشيعة ، وعدم إجازتها عند السنيين . ولا ندرى هل يستمسك بها الشيعة استمساكا شديداً حتى لا يكون ثمة مجال للتساهل لمنعها ، باعتبارها لا تتفق مع القدسية الواجبة لعلاقة الرجل والمرأة فى دائرة الشرع الشريف . .

وفوق ذلك فإن إعطاء الحق للتقاضى بأى مذهب قد يكون مدعاة للتلاعب بالأحكام الشرعية ، والفرار من قيود أى مذهب من المذاهب .

٤٢ — وقد أدرك المصلحون فى العراق وجه الحاجة إلى قانون مسنون لأحكام الأحوال الشخصية ، إن لم يكن واحداً لكل سكان العراق فإنه

يكون مقرباً ، ملزماً فى كل مايتحد فيه المذهب الحنفى والمذهب الشيعى ، ومايمكن أن يتلاقى فيه المذهب الشيعى مع أوجه الإصلاح التى تقتبس أصولها من المذاهب الأخرى ، ولذلك وجدت دعوات إلى سن قوانين للأحوال الشخصية ، ولقد جاء فى كتاب الأحوال الشخصية والتطبيقات الشرعية :

« وسواء أكان العمل بالمذهب الحنفى أم بالمذاهب الأخرى الإسلامية أو العادات المذهبية لغير المسلمين فالأمر لايخلو من محذورات كثيرة هى وقوع غير المسلمين تحت حظر أحكام فى الأحوال الشخصية ، وعلى الأخص النكاح والافتراق والنفقات – لاتستند إلى قواعد ثابتة معلومة للجميع ، ووقوع المسلمين تحت قضاء محاكم لايوجد فيها حكام قادرون على استنباط أحكام من الكتب الفقهية ؛ لذلك ضج الناس بالشكوى ، وطالبوا بتدوين الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين ولغير المسلمين ، وقد استجابت الحكومة لهم فأصدرت بعض القوانين والأنظمة للأحوال الشخصية بغير المسلمين وقدمت لائحة بأحكام الأوقاف إلى المجلس النيابى ، ولائحة أخرى لإدارة الأوقاف ، ولائحة للأحوال الشخصية من نكاح وفراق وإرث ونفقة ونسب وولاية وإيصاء ، ولكن الحكومات المتعاقبة لم توفق إلى تشريع تلك اللوائح وإمرارها فى المجلس ، بل اصطدمت بصخرة قوية ارتدت تجاهها الحكومة وأذعنت للاستعانة بالزمن منتظرة حلول الفرصة المناسبة . وهكذا نام المشروعان » (١) .

٤٣ — هذا صوت ينادى بالإصلاح ، وقد سار الإصلاح خطواته ولكنه وقف عند آخر دور من أدواره ، ولعل الذى وقفه عن أن يصل إلى غايته هو مافى العراق من طوائف لاتعمل السياسة على التقريب بينها ، بل تعمل على توسيع الهوة ما أمكن ذلك .

ولقد رجعنا إلى الإصلاح الذى اشتملت عليه اللائحة التى أعدت خاصة

---

(١) كتاب الأحوال الشخصية والتطبيقات الشرعية للأستاذ محمد أحمد العمر .

بالزواج والطلاق ، فوجدناها تتجه إلى بعض النواحى التى اتجه إليها القانونان المصريان : القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ولعل خير ما اشتملت عليه تلك اللائحة هو النص الذى اشتمل على التحكيم ، إذ جاء فيه :

يكون مجلس تحكيم لإصلاح ذات البين ، وإذا ظهر للمجلس فيه أن الإصلاح غير ممكن يقدم للقاضى تقريراً يفصل فيه الحالة ، ويعين الطرف الذى ظهر منه التقصير . فإن كان الزوج يحكم القاضى بالتفريق ، وإذا كان الزوجة تجرى المخالعة على تمام المهر أو قسم منه ، والحكم الصادر من القاضى بمقتضى هذه المادة يتضمن الطلاق البائن (١) » .

٤٤ — وإننا لنرجو أن نرى قريباً العراق يسن قانوناً يجمع خير ما فى المذهب الجعفرى ، والمذاهب السنية فى أحكام الزواج ، والطلاق وآثارهما .

وإن مصر قد أخذت فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من مذهب الجعفرية مبدأ أن الطلاق المتعدد لا يقع إلا مرة واحدة . وأخذت فى قانون الوصية مبدأ إجازة الوصية لوارث من الجعفرى أيضا .

وإنه إذا وجد ذلك القانون المستنبط من مذاهب السنة والشيعة يكون هذا تقريبا عمليا ، ولا يكون ثمة ما يوسع الهوة ، والله سبحانه وتعالى هو الموفق لجمع شمل المسلمين .

---

(٢) الكتاب المذكور .

الـزواج

تعريفه :

٤٥ — يعرفه بعض الفقهاء بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقد بالآخر على الوجه المشروع ، وهذا تعريف بالغاية والمقصد ، وهو ما يسمى عند المناطقة التعريف بالرسم ، وإنه بلا شك من أجدى غايات الزواج حل الاستمتاع .

وقريب من هذا تعريف صاحب الكنز بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً ، وهذا التعريف ، وإن كان بالحد لا بالرسم لأنه اتجه إلى بيان حقيقة العقد لا غايته - هو متقارب مع الأول فى معناه ، لأنه يتجه فى معناه إلى أن القصد الأول من العقد هو المتعة ، وكلمة « قصداً » التى جاءت فى التعريف الثانى سيقت ليخرج عقد البيع الذى يرد على أمة فإنه يفيد ملك المتعة ، لكنه ليس بمقصود للمتعة ، إذ المقصود الأول من عقد البيع هو ملك الرقبة . لا ملك المتعة ويجىء ملك المتعة تابعاً - تابعاً لملك الرقبة ، ولا شك أن ذلك النوع قد انتهى بانتهاء الرق فى العصر الحاضر ، وبانتهاء أسبابه فى الإسلام .

٤٦ — وإن التعريفين ينتهيان فى معناهما إلى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها ، وهذا يشير إلى أن هذا هو مقصده عند الناس ومقصده عند الشارع أيضاً وقد يكون من مقاصده عند الناس ، بل قد يكون أهم مقاصده عند بعضهم ولكنه ليس مقصد الشارع ، وليس أهم المقاصد عند الفضلاء الذين سمت مداركهم ، وليست أسماها عند العلماء أجمعين ، بل إن القصد الأسمى فى الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنسانى وأن يجد كل واحد من العاقدين فى صاحبه الأنس الروحى

الذى يؤلف بينهما . وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها . ولذا قال تعالى : « ومن آياته أنه خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » .

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى ، فقد قال السرخسى فى المبسوط : « ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة . ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصى ؛ المطيع للمعانى الدينية والعاصى لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة ، ففيها قضاء شهوة الجاه ، بل المقصود بها إظهار الحق :

٤٧ — وإذا كانت تعريفات الفقهاء لا تكشف عن المقصود من هذا العقد فى نظر الشارع الإسلامى ، فإنه يجب بيانه بتعريف كاشف عن حقيقته والمقصود منه عند الشارع وعند العقلاء ، ولعل التعريف الموضح لذلك أن نقول « إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنسانى وتعاونهما مدى الحياة ويحد ما لكليهما من حقوق ، وما عليه من واجبات [1] » .

والحقوق والواجبات التى تستفاد من هذا التعريف من عمل الشارع ، إذ هى تنشأ من الأحكام الشرعية التى رتبها الشارع على هذا العقد .

وإن التعريف يبدو أنه تعريف بالرسم لا بالحد ، لأنه تعريف بالغاية لا بالحقيقة وبيان الماهية .

حكمته :

٤٨ — مما تقدم يتبين أن المقصود من الزواج فى الإسلام ليس هو قضاء الوطر الجنسى ، بل الغرض أسمى من ذلك ، ولذلك اعتبره النبى صلى الله عليه

(١) هذا التعريف ينطبق على ما جاء فى القانون السورى إذ ما جاء فى المادة الأولى التى نصها : « الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا ، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل » .

وسلم سنة الإسلام . فقال . وإن من سنتنا النكاح ، وما كان الزواج سنة الإسلام ، لأن فيه قضاء الطبع الإنسانى فقط ، بل لمعان اجتماعية و نفسية ودينية منها :

(ا) أن الزواج هو عماد الاسرة الثابته التى تلتقى فيها الحقوق والواجبات بارتباط دينى يشعر الشخص فيه بأنه يقوم بحق الآخر بأمر دينى وتنفيذ رابطة مقدسة تعلو بإنسانيته ، فهو علاقة روحية تليق برقى الإنسان وتسمو به عن دركة الحيوانية التى تكون علاقة الذكر والأنثى فيها هى الشهوة البهيمية فقط ، وهذه الناحية النفسية الروحية هى المودة التى جعلها الله تعالى بين الزوجين . وهى التمازج النفسى التى عبر الله سبحانه وتعالى عنه بقوله تعالى : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » .

وإذا ارتقت العلاقة إلى ذلك النحو من السمو كان فى الزواج ترويح النفس وإيناسها بالمجالسة والنظر ، كما قال الغزالى فى فوائده : « فيه إراحة للقلب وتقوية له على العبادة ، فإن النفس ملول . وهى من الحق نفور ؛ لأنه على خلاف طبعها . فلو كانت المداومة بالإكراه على مايخالفها جمحت وثارت ، وإذا روحت باللذات فى بعض الأوقات قويت ونشطت ، وفى الاستئناس بالنساء من الراحة مايزيل الكرب ، ويروح عن القلب ، وينبغى لنفوس المتقين استراحات بالمباحات . ولذا قال تعالى فى شأن الزوجة . ليسكن إليها » .

(ب) والزواج هو المقوم الأول للأسرة ، والأسرة هى الوحدة الأولى لبناء المجتمع . فإذا كان الإنسان حيواناً اجتماعياً لا يعيش إلا فى مجتمع . فالوحدة الأولى لهذا المجتمع هى الأسرة ، فهى الخلية التى تتربى فيها أنواع النزوع الاجتماعى فى الإنسان فى أول استقباله للدنيا . ففيها يعرف ماله من حقوق ، وما عليه من واجبات ، وفيها تتكون مشاعر الألفة والأخوة الإنسانية . وتبذر بذور الإيثار ، فتنمو أو تخبو بما يصادفها من أجواء فى

الحياة العامة ، وفى الجملة إن المجتمع القوى إنما يتكون من أسر قوية . لأنها وحدة البناء .

(ح) وإن حفظ النوع الإنسانى كاملا يسير فى مدارج الرقى إنما يكون بالزواج ، فإن المسافدة لاتحفظ النوع من الفناء ، وإن حفظته لاتحفظه كاملا يحيا حياة إنسانية راقية[1] واعتبر ذلك بالأمم التى قل فيها الزواج ، فإن نقصان سكانها يتوالى بتوالى السنين . بينما يتكاثر غيرها ممن يقوم بناؤها الاجتماعى على الزواج . ولقد كان النبي ﷺ يحث على طلب النسل بالزواج ، وقد روى معقل بن يسار أن رجلا جاء إلى النبى ﷺ فقال : يارسول الله : أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال إلا أنها لا تلد ، أفأتزوجها . فنهاه ، ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك ، ثم أتاه الثالثة فقال : « تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم » .

---

(١) كانت الحرب الأخيرة بويلاتها سببا فى تشتيت الأسر ، ووجود عدد كبير من الأطفال لا آباء لهم ولا أمهات ، فقامت على رعايتهم ملاجىء ، وكانت هذه فرصة مواتية للموازنة بين طفل يتربى بين أبويه والطفل يتربى فى الملاجىء ، من حيث النمو الجسمى والعقلى والعاطفى والخلق ، وقد انتهزها العلماء فتولوا هذه الدراسة فوجدوا أنه من ناحية النمو الجسمى فى السنة الأولى ينمو ابن الملجأ نموا حسناً ربما كان خيراً من نمو أحد بين أبويه لو تكفلاه ، بفضل الرعاية الصحية والغذاء الطبى الكافى فى ملاجىء أوروبا ، وبعد مجاوزة العام الأول يدخل فى التكوين الجسمى عامل العاطفة والنطق والتكوين العقلى ، وهنا نجد الطفل بين أبويه يفوق ابن الملجأ ، وتقول مؤلفة كتاب « أطفال بلا أسر » وكلما وازنا بين أطفال الملجأ الذين تجاوزوا العام الأول وبين أطفال المنازل فى مثل سنهم كانت نتيجة الموازنة ليست فى صالح الأولين » ثم تتكلم فى نمو حاسة النطق فتقول : « بداية الكلام الحقيق تنمو على أساس المصلحة المباشرة بين الطفل ووالديه ، فالطفل بغريزته يدرك كل انفعال يثيرانه ، فهو يرقبهما ويقلد التعبيرات المختلفة التى تظهر على وجهيهما ، وهذا الانفعال العاطفى والتقليدى فيه من القوة ما يدفع إلى الكلام » وتقول فى ختام كتابها : « فى خلال خمس السنين الأولى فى حياة الطفل تعمل القوى الغريزية البدائية عند الطفل فى نشاط واضح ، وفى علاقات الطفل الأولى بوالديه يستخدم هذه القوى ، ثم يتغلب عليها بإدماج نفسه فى رغبات والديه فتكبت غرائزه ويكون الضمير الإلزام ، ويبدأ الطفل حياة جديدة أساسها كبت الغرائز وموافقتها (اقرأ كتاب أطفال بلا أسر ترجمة محمد بدران ورمزى يسى) .

(د) والزواج هو الراحة الحقيقية للرجل والمرأة على سواء ، إذ أن المرأة تجد فيه من يكفل لها الرزق ، فتعكف على البيت ترعاه وعلى الأولاد ترأمهم ، وفى ذلك مايتفق مع طبعها ، وكل مايتفق مع الغرائز العالية هو الراحة ، وإن كان فى ظاهر من المشقة أحياناً ، والرجل بعد لأواء الحياة ومتاعبها يجد فى بيت الزوجية جنة الحياة ، وكأنه واحة وسط صحراء الدنيا ، ولولا الزواج لكان الإنسان ـ رجلا أو امرأة ـ أفاقا لامأوى له ، ولا سكن ولا مستقر .

ولا نقصد بالراحة الاستنامة إلى المتع واللذات والامتناع عن التبعات، والبعد عن التكليفات الاجتماعية ، فإن هذه هى الراحة الحيوانية ، إنما نقصد بالراحة راحة الإنسان الذى يسير فى مدارج الكمال ، وتعلو تبعاته بمقدار كماله ، ولذلك لا ننفى عن الزواج مافيه من تبعات ، لأنها ضريبة الإنسانية العالية وتكليفها . ولقد أدرك ذلك المعنى المستقيم الكتاب المسلمون الأولون، فعدوا من فوائد الزواج هذه التبعات التى تنشأ من الكمال الإنسانى ، ولذا قال الغزالى إن من فوائده : مجاهدة النفس ورياضتها بالرعاية والولاية والقيام بحق الأهل ، والصبر على أخلاقهن واحتمال الأذى منهن ، والسعى فى إصلاحهن وإرشادهن إلى طريق الدين ، والاجتهاد فى كسب الحلال لأجلهن والقيام بتربية أولاده ، فكل هذه أعمال عظيمة الفضل . فإنها رعاية وولاية ، والأهل والولد رعية ، وفضل الرعاية عظيم ، وإنما يحترز منها من يحترز خيفة القصور».

وفى الحق إن الزواج مظهر من مظاهر الرقى الإنسانى ، وهو راحة النفس العالية ومستقرها وأمنها وسكنها ، وهو تكليفات اجتماعية ، فمن أحجم عنه فقد فر من الواجبات الاجتماعية . ونزل إلى أدنى دركات الحيوانية .

٤٩ — ولهذه المعانى العالية حث الإسلام عليه ، ودعا الشباب إليه ، فقد جاء فى صحاح السنة عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال : « يامعشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج،

ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء »[1].

وقد روى أن النبي ﷺ قال : «الدنيا متاع ، وخير متاعها المرأة الصالحة.

وروى قتادة أن النبي ﷺ نهى عن التبتل (أى عدم الزواج) ثم قرأ قتادة : « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية » .

وعن أنس أن نفراً من أصحاب رسول الله ﷺ قال بعضهم : «لا أتزوج». وقال بعضهم أصلى ولا أنام ، وقال بعضهم أصوم ولا أفطر ، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : « ما بال أقوام قالوا كذا وكذا . لكنى أصوم وأفطر وأصلى وأنام وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى . »

الوصف التكليفى للزواج

٥٠ — نقصد بهذا العنوان مايسمى فى اصطلاح الاصوليين بالحكم التكليفى ، وهو كون الزواج مباحاً أومندوباً أو واجباً أوفرضاً أو مكروهاً أو حراماً .

والمراد بالمباح مالم يطلبه الشارع لاطلب فعل ولاطلب ترك ، والمندوب ما طلب الشارع فعله من غير إلزام ، أى لا يكون إثم على من لايفعله ، ويكون ثواب لمن يفعله ، والواجب ماطلب الشارع فعله على وجه اللزوم ، ولكن يثبت الوجوب بدليل ظنى فيه شبهة ، والفرض ماطلب الشارع فعله بدليل قطعى لاشبهة فيه ، والحرام ما يثبت طلب تركه بدليل قطعى لا شبهة فيه ، والمكروه ما يثبت طلب تركه بدليل ظنى فيه شبهة .

وهذا التقسيم عند الحنفية ، وغيرهم لايعتبر مرتبة بين الفرض والواجب.

---

(١) هذا الحديث مجمع عليه . والمراد بالباءة بتكليفات اللازمة للنكاح . والوجاء مأخوذ من وجأ بمعنى قطع ، أى أن الصوم قاطع للشهوة عند من لم يستطع الزواج . وذلك لأن الصوم يلقى فى النفس روحانية . ويقوى الإرادة . وفى ذلك كف للنفس عن الحرام .

٥١ — وقد قالوا إن النكاح تعتريه الأحكام الخمسة الفرضية والوجوب، والكراهة والتحريم والندب.

(ا) فيكون فرضاً أحياناً وذلك إذا كان المكلف يتأكد الوقوع فى الزنى إن لم يتزوج، وهو قادر على تكليفات الزواج وواثق من أنه يعدل فى معاملة من يتزوجه، وذلك لأنه فى هذه الحال متيقن الوقوع فى الزنى، إن لم يتزوج وترك الزنى لازم لزوماً لا شك فيه، وطريق تجنبه الزواج، ومن المقررات الفقهية أن ما لا يؤدى الواجب إلا به يكون واجبا، وما لا يؤدى الفرض إلا به يكون فرضا، كالسعى للصلاة يوم الجمعة فإنه يكون فرضا لأنه لا تؤدى الصلاة إلا به، وترك الزنى لازم، فيكون ما يؤدى إليه لازما بلزومه.

(ب) ويكون أحياناً واجباً، وذلك إذا كان المكلف قادراً على تكليفات الزواج وإقامة العدل مع من يتزوجها ويغلب على ظنه الوقوع فى الزنى إن لم يتزوج، والإلزام فى هذه الحال دون الإلزام فى الحال السابقة، وذلك لأنه لم يتأكد الوقوع فى الزنى إن لم يتزوج، بل غلب على ظنه، وقوة الإلزام فى الزواج تؤخذ من مقدار خشية الوقوع فى الزنى.

(ج) وإذا كان المكلف غير قادر على نفقات الزواج ويتأكد الوقوع فى الظلم إن تزوج يكون الزواج حراماً، لأن كل ما يفضى إلى الحرام يكون حراماً. والظلم حرام فيكون الزواج حراماً إذا أفضى إليه.

(د) وإذا كان المكلف يغلب على ظنه أنه يقع فى الظلم إن تزوج يكون الزواج فى هذه الحال مكروهاً خشية أن يؤدى إلى الظلم المتوقع إذا تزوج.

وهنا يرد سؤال: هو إذا كان الشخص فى حالة نفسية يقطع فيها بالزنى إن لم يتزوج، ويقطع فيها بالظلم إن تزوج فماذا يكون حكم الزواج منه؟ أيغلب جانب التحريم أم يغلب جانب الفرض؟ والجواب عن ذلك: إن

المحرم لا يبيح المحرم ، فالزنى لا يبيح الظلم ، والظلم لا يبيح الزنى ، إنما هو مطلوب بألا يظلم وألا يزنى وعليه أن يقوى عزيمته فلا يزنى ، أو يهذب نفسه فلا يظلم ، وليقم بأسهل الأمرين على نفسه ، ولعل النبى ﷺ قد قدر هذه الحال ، فقال فى ختام الحديث : « ومن لم يستطع فعليه بالصوم » فقد أمر فى هذه الحال بالصوم ؛ لأن الصوم بروحانيته يمنع النفس عن الشهوات ويقوى العزيمة والإرادة ، وفى الجملة من تردد بين حرامين فالواجب ألا يقع فى واحد منهما .

وإذا كان الشخص فى حال اعتدال لا يقع فى الزنى ولا يخشاه إن لم يتزوج ، فإن فقهاء الحنفية يرون أن الزواج فى هذه الحال يكون مندوباً أى أنه يكون سنة يحسن فعله ولا يأثم من يتركه .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية أن الأصل فى النكاح أنه سنة أو مندوب أو مستحب على اختلاف العبارات الواردة فى الكتب ، وكلها بمعنى واحد تقريبا ، والفرضية والكراهة والتحريم تجىء لأمور عارضة ترفع النكاح إلى رتبة اللزوم أو تنزل به إلى درجة المحرم .

٥٢ — ذلك كلام الحنفية فى الحكم التكليفى بالنسبة للزواج ، يعتبرون الأصل أنه مندوب ، وهو جوهر الموضوع فى الأصل ، وهو الذى خالف فيه بعض الفقهاء ، أما الأمور الأخرى التى تعرض بالنسبة لحال المكلف فهى من تطبيق نظرية أصولية قد اتفق عليها علماء الأصول من كل المذاهب ، وهى أنه ما يفضى إلى الحرام فهو حرام ، وما يفضى إلى الواجب فهو واجب ، وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن الحكم بالفرضية والتحريم والكراهة متفق عليه فى المذاهب الإسلامية ، ولا خلاف فيه إلا ما اختص به الحنفية فى أصولهم . وهو إيجاد مرتبة بين الفرض والمندوب ، وهو ما يسمى بالواجب ، أما الباقى من هذه الأحوال العارضة وأحكامها ، فبمقتضى التطبيق لتلك القاعدة الأصولية المتفق عليها تكون فى حكم المجمع عليها .

وهذه القاعدة قد طبقها أيضاً الشيعة الزيدية والإمامية فى حكم الزواج إذا أدى تركه إلى الوقوع فى الزنى أو أدى الإقدام عليه إلى الظلم . فقد جاء فى الروض النضير مانصه :

« إذا اتفق للمكلف أن يعلم أو يظن أنه يعصى لتركه ، كالزنى وما فى حكمه ، أو كان عليلا يخشى أن يباشر عورته من لا تحل له مباشرته وجب عليه النكاح . . . ويكون متعلق الوجوب كونه يجب عليه اجتناب المحظور ، وإذا كان لا يتم اجتنابه إلا بالنكاح أو التسرى وجب عليه أحدهما لما تقرر من أنه ما لا يتم الواجب المطلق إلا به وجب كوجوبه إذا كان متمكناً[1] » .

ثم يذكر الأحكام التكليفية الخمسة ويقول إنها تعترى الزواج ، ويقول فى ذلك : « ذكره الشيخ تقى الدين فى شرح العمدة فقال : « وقد قسم بعض الفقهاء النكاح إلى الأحكام الخمسة ، وجعل الوجوب فيما إذا خاف العنت ، وقدر على النكاح إلا أنه لا يتعين واجباً ، بل إما هو وإما التسرى ، وتفسير بقية الأحكام الخمسة مبسوطة فى الكتب الفقهية[2] » .

وبقية بيان الأحكام الخمسة التى أشار إليها هى على النحو الذى بيناه .

٥٣ — وبذلك يتبين أن الأقوال فى هذا المقام متلاقية بين المذاهب الأربعة وغيرها ، لأن المعانى الفقهية التى قام عليها التقسيم أصل من الأصول الفقهية المجمع عليها ، فيكون ما يبنى عليها متفقاً عليه .

إنما موضع الخلاف هو فى حال الاعتدال التى هى الغالبة ، والقول فيها قول فى أصل حكم النكاح ؛ فإن الأحوال الأخرى عارضة والأقوال فى حال الاعتدال ثلاثة :

أولها : قول الزيدية ، وهو قول الجمهور إن النكاح يكون مندوباً فى حال الاعتدال ، وقد استدل أصحاب هذا القول بدليلين .

---

(١) روض النضير شرح المجموع الكبير ج ٤ ص ٤

(٢) الكتاب المذكور .

أولها : النصوص المتضافرة الدالة على فضيلة النكاح ، وعلى الثواب فيه إذا كانت العشرة الحسنة ، فقد قال النبي ﷺ : « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج » وقد روى أن النبي ﷺ قال : « تزوجوا فإنى مكاثر بكم الأمم » وقد جاء في جمع الجوامع للسيوطي أن رسول الله ﷺ قال : « إن الرجل إذا نظر إلى امرأته ، ونظرت إليه نظر الله إليهما نظرة رحمة ، فإذا أخذ بكفيها تساقطت ذنوبهما من خلال أصابعهما » وإن النبي ﷺ قد لازم الزواج ، وأكثر الصحابة كذلك ، وهذا كله يدل على أن الزواج قد طالب به الشارع طلبا أكبر من درجة المباح ، وعلى أن فيه ثوابا ليس في المباح ، ولكنه ليس بفرض ، لأن بعض أهل الصفة كان فيهم غير المتزوجين ، ومع ذلك لم يستنكر الصحابة منهم ذلك . ولو كان فرضاً لعد في الفرائض ، ولكنه لم يعد منها في شيء .

الدليل الثاني : إن الشخص وهو في حال الاعتدال عرضة للوقوع في الزنى ، ومن حام حول الحمى أوشك أن يقع فيه ، والمحارم حمى الله تعالى والوقاية من الوقوع فيها ، والابتعاد عن حماها يكون بالنوافل ، ولاشك أن الزواج فيه ابتعاد عن الزنى ، فكان نافلة تمنع الوقوع ، ولو في حال الاعتدال .

وإن النبي ﷺ أشار إلى أنه ليس بفرض ، بدليل أنه في حال عدم القدرة طالب بالصوم ، ولم يقل أحد إن الصوم في هذه الحال فرض ، فلا يكون مقابله ، وهو الزواج في حال القدرة فرضاً أيضاً .

٥٤ — القول الثاني : إن الزواج في حال الاعتدال فرض وهذا قول الظاهرية ، ورواية عن الإمام أحمد . وذهب إليه بعض الشافعية ، وذهب إلى أنه فرض كفاية بعض الحنفية فقد جاء في كفاية الأحكام مانصه : « وهو فرض عند أصحاب الظاهر ، وفرض كفاية عند بعض أصحابنا كالجهاد

بظاهر الأوامر الواردة فيه (١) » .

وإن هذا النص يستفاد منه أن الزواج فرض كفاية عند بعضهم ، وهو عند الأكثرين سنة كجمهور فقهاء أهل السنة ، وأساس القول الذى يقرر أنه فرض كفاية هو أنه مندوب بالجزء فرض كفاية بالكل . فيندب لكل قادر عليه أن يتزوج . وإذا امتنع الناس فى إقليم أو مدينة عن الزواج أثموا جميعاً ويظهر أن هذا القول يتفق مع رأى الذين قالوا إنه سنة أو مندوب . وإلا خرب العالم الإسلامى أو إقليم منه لو تضافر أهل إقليم أو مدينة على تركه فوق مايتبع ذلك من إشاعة الفاحشة فى المؤمنين .

وحجة من يقول إن الزواج فرض عين تقوم على دعامتين :

أولاهما : أن النصوص الواردة بالأمر كثيرة متضافرة ، مثل قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » ومثل قوله ﷺ : « تزوجوا فإنى مكاثر بكم الأمم » وقوله عليه السلام « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج . فإنه أغض للبصر وأحفظ للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » . والتزام النبى ﷺ له . والتزام الصحابة القادرين له . ومن لم يتزوج من أهل الصفة فلعدم قدرته على تكاليف الزواج ، كمن لم يحج لعدم استطاعته . أو لعدم وجود الزاد والرحلة ونفقات السفر .

وثانيهما : أن الشخص فى حال الاعتدال عرضة للزنى ، وإن الاحتياط يوجب عليه أن يمنع كل الأسباب التى قد تفضى إليه ، وإن بقاءه من غير زواج يجعله عرضة فى كل حال لهذه الفاحشة التى لا يمكن الاحتياط لها إلا بالزواج .

٥٥ — القول الثالث : وهو قول بعض الشافعية وبعض الزيدية (٢) أن النكاح فى حال الاعتدال ليس بسنة ، بل هو أمر مباح ، لأن النكاح

---

(١) الكفاية مع الهداية ج ٢ ص ٢ طبع حجر بفارس .

(٢) البحر الزخار ج ٣ ص ٤ و ٥

من جنس الأعمال الدنيوية كالأكل واللباس والمسكن ، ولذا يقع من المؤمن وغير المؤمن ، ويقع من البر والفاجر ، والتقى والشقى . وفيه قضاء شهوة الفرج كما أن الأكل فيه قضاء شهوة الفم والبطن ، ومن يقوم به إنما يعمل لنفسه . وذلك من خواص المباحات ، لا المندوبات ، لأن المندوبات أنواع من العبادات يختص بها المؤمن ويثاب عليها ، ولذلك كان الاشتغال بالنوافل أفضل إن لم يخش الوقوع فى الزنى ، فإنه إن كان يخشى الزنى لايكون حينئذ فى حال اعتدال .

وقد يجاب عن هذا بأن الزواج ليس فقط قضاء الأرب الشخصى ، إنما فيه القيام بشأن الأهل والولد ، فهو احتمال لتكليف ، وليس قضاء متعة ، وإلا ما كان ثمة فرق بينه وبين الزنى ، ومادام احتمالا لتكليف : وقد قال النبى إنه من سنته فهو من المندوبات المطلوبة ، وليس من المباحات الجوازية ، ولقد قال كمال الدين بن الهمام الحنفى : « تأمل مايشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق وتوسعة الباطن بالتجمل فى معاشرة أبناء النوع وتربية الولد ، والقيام بمصلحة المسلم العاجز ، والنفقة على الأقارب والمستضعفين ، وإعفاف الحرم ونفسه ، ودفع الفتنة عنه وعنهن ، ثم الاشتغال بتأديب نفسه ، وتأهيله للعبودية ، ولتكون هى سبباً لتأهيل غيرها » .

الخطبة

٥٦ — كل عقد من العقود له خطر وشأن يسبقه مقدمات ، ليتبين كل واحد من العاقدين مدى تحقق رغباته ، ومطالبه فى العقد . فإذا تلاقت الرغبات أقدم كل واحد منهما على العقد ، وتلاقت إرادتهما بالإيجاب والقبول فيتم العقد ، ولم ينظم الشارع الإسلامى مقدمات العقود عامة بأحكام خاصة بها ، ولكنه اختص الزواج من بينها بأحكام تخص مقدمته لأنه أخطر عقد ، إذ هو عقد الحياة الإنسانية ، وهو عقد يعقد على نية الدوام والبقاء ما بقى كلا الزوجين على قيد الحياة . ومقدمة الزواج هى ما سمى عند العرب وفى لسان الشرع الإسلامى بالخطبة .

والخطبة هى طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج منها ، والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله ، وإنه من تمام الألفة وحسن العشرة أن يعرف كل واحد من الزوجين ما عليه الآخر خَلْقاً وخُلُقاً وديناً وطبعاً ، فإن ذلك كله من شأنه أن يجعل عقد الزواج قائماً على أساس قوى يصح أن يستمر إلى أن يقضى كل واحد منهما أجله فى الحياة .

وإن معرفة المرأة للرجل من ناحية الخلق ممكنة سهلة ؛ لأن الرجال يغدون ويروحون فمن السهل رؤيتهم ، ومعرفة خلقه لا تكون إلا بالسؤال عنه ، وبالسؤال عن طبائع أسرته ، ومنبته الذى نبت فيه .

وأباح الشارع للرجل أن يرى المرأة التى يخطبها ، بل ندب إليه ، وقال بعض العلماء إنه أوجبه ، والجزء الذى تباح رؤيته هو الوجه واليدان والقدمان . ولا يتجاوز ذلك عند جمهور الفقهاء . وقد أجاز بعض الفقهاء تجاوز ذلك القدر .

ولا يحل أن يختلى الرجل بخطيبته قبل الزواج ، بل يراها فى غير خلوة . بأن يكون معها أحد محارمها ، والرؤية تكون عند الخطبة ، ولكن روى عن الامام الشافعى أنه يفضل أن تكون الرؤية قبل الخطبة عند نية الزواج . حتى إذا أنتجت الرؤية إقداماً أقدم ، وإن أنتجت إحجاماً لم يكن فى ذلك إيذاء لها .

وهذا نظر حسن ، ويحسن أن تكون الرؤية بحيث لا تعلم هى أو لا يعلم ذووها بنية الزواج ، وإن ذلك هو ما توجبه اللياقة ، والذوق السليم .

شروط الخطبة :

٥٧ — ويشترط لجواز الخطبة شرطان :

أولهما : أن تكون المرأة صالحة لأن يعقد عليها فى وقت الخطبة . فلا يصح خطبة من تكون زوجيتها قائمة ، وتحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعى،لا بالتعريض ، ولا بالتصريح ، كما تصح خطبة معتدة الوفاة بالتعريض دون التصريح ، أما المطلقة طلاقا بائنا مكملا للثلاث أو غير مكمل ، فإنها موضع خلاف ، وقد قال صاحب كتاب البحر الزخار ما نصه :

« وتحرم فى عدة الرجعى إجماعاً ، والتصريح من غير الزوج فى كل عدة إجماعاً ، ويجوز التعريض فى المتوفى عنها والمثلثة إجماعاً »[1] ، ونراه قد ادعى الإجماع فى أربع صور : (١) فى منع خطبة المعتدة من طلاق رجعى ، (٢) وفى جواز خطبة المطلق تصريحاً وتعريضاً ، (٣) وفى جواز التعريض فى المعتدة من وفاة ، (٤) وفى جواز التعريض فى المطلقة ثلاثا .

وإن الثلاثة الأولى الإجماع فيها منعقد بلا شك ، وأما الرابعة ، وهى جواز التعويض فى المطلقة ثلاثا فى أثناء العدة ، فالإجماع فيها غير مسلم ،

---

(١) البحر الزخار ج ٣ ص ٨ .

لأن الحنفية يقررون أنها لا تجوز خطبتها لا تعريضاً ولا تصريحا فى أثناء العدة . ولئن أراد الإجماع عند الشيعة لقد يكون مسلما ، وهو أصدق فى النقل ، ولكن الإجماع عند فقهاء المسلمين كما تفيد عبارته غير مسلم وتنتهى من هذا إلى أن كل المعتدات تحرم خطبتهن تصريحاً إلا إذا كان الخاطب هو المطلق ، ويجوز عقد جديد ، وأما التعريض فلا يجوز فى المعتدة من طلاق رجعى ، ويجوز فى المعتدة من وفاة إجماعا ، والتعريض أن يسوق من الكلام ما هو فى ظاهره يفيد غير الخطبة ، ولكن تبدو من حال الخطاب للمتخاطبين إرادة الخطبة كقول النبى ﷺ لأم مسلمة إن مقامى عند الله عظيم ، وقول محمد بن على زين العابدين لسيدة يخطبها : « قد عرفت قرابتى من رسول الله ﷺ ، وقرابتى من على ، وموضعى من العرب » فقالت له : غفر الله لك يا أبا جعفر . إنك امرؤ يؤخذ عنك تخطبنى فى عدتى !! قال إنما أخبرتك بقرابتى من رسول الله ﷺ ومن على » . .

والتعريض دون الكناية ، لأن الكناية يتبين المقصد من الألفاظ . أما التعريض فإن الألفاظ فيه ليس فيها ما يدل على المقصد مطلقاً ، ولكن قرائن الحال . واختيار الزمان والمكان وما يحيط بذلك هو الذى يوجه الكلام نحو الخطبة .

٥٨ — وقد تبين أن أشد الفقهاء تضييقا فى خطبة المعتدة هم الحنفية ، لأنهم منعوا خطبة كل معتدة من طلاق تعريضاً أو تصريحاً إلا من المطلق . ولم يجيزوا الخطبة بالتعريض إلا مع المعتدة من وفاة ، وحجتهم فى ذلك من النص والقياس .

أما النص فهو قوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » وظاهر الآية أنها خاصة بالمتوفى عنهن أزواجهن من النساء .

وأما القياس فهو أن هذا النص المذكور معقول المعنى . ولا بد أن يكون فى المتوفى عنها زوجها من المعانى ما اقتضى إجازة الخطبة بالتعريض

بالنسبة لها ، وهذه المعانى منها أن عدتها محدودة المدة بالأشهر أو بوضع الحمل. وكلاهما لا يمكن أن يجرى فيه الكذب ، فليست عدتها بالإقراء حتى يمكن أن تدعى انتهاءها وهى لم تنته لتجيب رغبة الخاطب فى الزواج ، ومنها أنها لا تقيم فى بيت الزوجية ، وتستطيع الخروج ، وعلى ذلك يمكنها أن تستقبل الخاطب فى مسكنها من غير خروج ، وهذه المعانى من شأنها أن تجعل خطبتها ممكنة ، ولم يجز التصريح لأن مقتضى القاعدة الفقهية ألا تجوز الخطبة أصلا لا تصريحا ولا تعريضا. ولكن أجيز التعريض استثناء بالنص فيقتصر على مورد النص لا يعدوه ، ولأن الخطبة الصريحة تنافى الإحداد على الزوج والزواج السابق ، وقد يكون فيه حرج لأقارب المتوفى .

هذا هو مذهب الحنفية ، وجمهور الفقهاء على إجازة الخطبة بالتعريض بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى ، ويستدلون على ذلك بما رواه مسلم من أن أبا عمرو بن حفص طلق فاطمة بنت قيس ألبتة وهو غائب عنها ، فقال لها النبى ﷺ إذا حللت فآذينى ، فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان ، وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، أنكحى أسامة بن زيد فكرهته ، ثم قال أنكحى أسامة بن زيد فنكحته ، فجعل الله فيه خيراً كثيراً واغتبطت .

وقد اعتبروا قوله عليه السلام : إذا حللت فآذنينى ، تعريضاً . وعندى أنه ليس بتعريض بخطبة ، لأن الخطبة تقتضى معرفة الخاطب ، ولم يعرف الخاطب ، وفوق ذلك هى لم تفهمه تعريضا ، بدليل أنها قبلت الكلام مع معاوية وأبى جهم فى الفترة بين الانتهاء من العدة ولقاء الرسول ، واحتمال أن خطبة معاوية وأبى جهم فى العدة غير واضح ولا دليل عليه ، والظاهرة أنه يعدها تصريحا .

وقد قالوا أيضاً بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى ، أن

الأمل فى وجود علاقة زوجية بينها وبين مطلقها مفقود لأنها لا تحل له إلا بعد زوج آخر . فلا يضيره أن تخطب بتعريض ، ولكن يبقى الاحتياط للعدة بمنع التعريض خشية الكذب فى المدة .

وجرى خلاف بين الجمهور فى مسألتين :

إحداهما : فى المعتدة من خلع . أتجوز خطبتها تعريضاً كالمطلقة ثلاثاً ، قال بعض الفقهاء يجوز ، وقال الأكثرون لا يجوز .

والثانى بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، فقد قال بعض الشافعية تجوز خطبتها تعريضاً ؛ ولكن الأكثرين على غير ذلك ، لأنها ليست كالمثلثة إذ يجوز أن يستأنف المطلق حياة زوجية جديدة ، وهو من المصلحة بلا شك .

٥٩ — الشرط الثانى من شروط جواز الخطبة : ألا يخطب على خطبة غيره ، لأن ذلك منهى عنه بنص الحديث النبوى : لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته ، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما فى إنائها ، وروى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » .

ولأن الإسلام دعا إلى الوحدة والوئام والمحبة والوداد ، ونهى عن كل ما يوجد حقداً أو ضغينة ، ولا شك أنه إذا خطب الرجل على خطبة أخيه أوجد ذلك نفرة شديدة بينهما وذلك لا يتفق مع هذا المبدأ المقرر .

والخاطب له أحوال ثلاث من حيث إجابته .

الحال الأولى : أن تقبل خطبته ، وفى أثناء السير فى عقد العقد يتقدم خاطب آخر ، فتقدم هذا حرام بالإجماع .

الحال الثانية : أن ترفض خطبة الأول ، وبعد الرفض يجوز تقدم الثانى بالاتفاق ، وذلك لأنه لو منع لكان معنى ذلك أن من تخطب لا تجوز خطبتها مطلقاً ، وفى ذلك تعطيل لمصلحتها أو إرغام لها على قبول الأول .

الحال الثالثة : هي حال التردد بين الرفض والقبول ، وهذه موضع خلاف بين الفقهاء ، فبعض الفقهاء ، ومنهم بعض الشيعة قال : إن خطبة الثاني تجوز ، واستندوا في ذلك إلى حديث فاطمة بنت قيس التي خطبها النبي ﷺ لأسامة بن زيد وقد سبقه معاوية وأبو جهم . ولأن عدم قبول الخاطب الثاني قد يكون فيه فوات مصلحة للمخطوبة مع أنه لم يثبت بعد أي حق للخاطب الأول ، ولو كان حقاً معنوياً ، ولأنه مادامت الخطبة لم تتم ، فيكون الأمر فيه كالرفض .

وقال بعض الفقهاء : لا يحل للخاطب الثاني أن يتقدم ، لأنه يجوز أن يكون ثمة قبول ، ولكن حصل الرفض بسبب تقدم هذا الأخير ، ولا شيء يقطع المودة أكثر من ذلك .

٦٠ — وإذا خطب الرجل على خطبة أخيه ، وتم العقد بذلك أيصح العقد أم لا يصح مع هذا الإثم المرتكب ، قال الظاهرية : لا يصح العقد ، لظاهر النهي في الحديث ، ولا يمكن أن ينهى الشارع عن أمر ، ويعترف بصحته ، وصحة العقود تقوم على ترتيب الشارع آثارها عليها ، وكيف يرتب الشارع حكما على أمر قد نهى عنه .

ويقول جمهور الفقهاء وأكثر الشيعة : إن العقد يكون صحيحاً ، وقال ذلك الحنابلة الذين أبطلوا عقد البيع وقت صلاة الجمعة ، وذلك لأن النهي ما كان في أمر مصاحب للعقد ، بل كان في أمر سابق عليه ، ومثل ذلك تلقي السلع المنهي عنه ، فإن النهي عن تلقي السلع سابق لعقد البيع وليس مقترناً به في وقته ، وعلى فرض أن النهي مقترن بالعقد ، فليس العقد هو محل النهي ، إنما الخطبة هي محل النهي ، وليست الخطبة جزءاً من العقد ، ولا مقدمة ضرورية له . فالعقد من غير خطبة سابقة يجوز ، ولو سلم بأن الخطبة لها صلة بالعقد صلة شرط بصحته . فإن النهي عند كثير من المحققين لا يقتضي الفساد في العقود . أو لا يقتضي الفساد مطلقاً عند كثيرين .

وروى عن مالك في هذا الموضوع ثلاث روايات :

أولاها : كقول الجمهور إن العقد يكون صحيحاً .

والثانية : كقول أهل الظاهر ، إن العقد يكون فاسداً .

والثالثة : إن العقد يفسخ مادام لم يدخل بها ، فإذا دخل بها لا يفسخ ، لأنه بالدخول قد تأكد العقد .

ولعل هذه الرواية الأخيرة متلاقية مع الثانية ، لأن القاعدة في المذهب المالكي أن العقد الذي يفسد لحق الغير يزول فساده بالدخول ولا يفسخ . وذلك كالمفقود إذا حكم بموته ثم تزوجت امرأته ، وحضر المفقود وتبين أنه حي فإنها تكون للثاني إن حصل دخول ، وتكون للأول إذا لم يحصل دخول ، ولذلك شروط مبينة في موضعها .

إجراءات الخطبة :

٦١ — ليس في مصر ولا في العراق ولا في السودان إجراءات خاصة بالخطبة . لأنها ليست عقداً ، ولكنها مقدمات عقد ، ولم تعط مقدمات العقود إجراءات مستقلة عن العقود ، إنما تبتدىء الإجراءات من وقت الشروع في العقد ذاته .

٦٢ — أما لبنان فلأن فيها طوائف مختلفة هي وسوريا كان قانون حقوق العائلة بها مشتملا على إجراءات لابد منها لكي تتبين أهلية الرجل والمرأة للزواج على النحو الذي سنته الطائفة التي ينتمي إليها . وتلك الإجراءات بينتها المواد من ١ — ١٣ من قانون حقوق العائلة .

وقد نصت في هذا القانون على أن الخاطب والمخطوبة إذا أرادا الزواج يراجع حال كل منهما أولا هيئة مختارة من القرية أو المحلة التي يقيم فيها الخاطبان إن كانا يقيمان في قرية واحدة . فإن اختلفت إقامتهما عرض أمر كل واحد منهما على هيئة قريته أو محلته ، ولا يشرع في إجراءات الزواج إلا بعد تصريح هذه الهيئة .

ويذكر فى هذا التصريح اسم الطرفين وشهرتهما وأبويهما ، وصفتهما وعملهما ومحل إقامتهما ، ومذهبهما ، وتبعيتهما ، وحيازتهما أهلية الزواج ، ووجود مانع أو عدم وجود مانع . وإذن الوليين إن كان الزواج يحتاج إلى إذن الولى .

وليس للهيئة أن تمتنع عن إعطاء التصريح ، ولو كان هنا مانع من موانع الزواج ، أو لم يكن إذن الولى متوافراً ولكن يجب بيان ذلك[1] .

ويعطى مع التصريح تذكرة شخصية للخاطب والمخطوبة ، ويقدم للمحكمة التى يكون فيها إقامة أحدهما[2] .

وإذا قدم التصريح للمحكمة لخصته ، وفحصت الأوراق التى تصاحبه ، فإن رأت نقصاً أعادته إلى مقدمه لإكماله ، وإذا اتضح من التحقيق أن أحد الخاطبين غير حائز على أهلية النكاح أو قام به مانع من موانعه يرد طلب العقد بقرار ، وتبين فيه الأسباب الموجبة للرد ، ويقيد فى دفتر أساس المعاملة ، ويدرج فى الضبط[3] .

وإذا كان البيان الصادر عن الهيئة المختارة قد أثبت فيه عدم موافقة الولى والعقد لايتم إلا بموافقته طلب إلى الولى الحضور بنفسه أو بوكيله ، ليدلى بالأسباب التى سوغت له الاعتراض على العقد بحضور طالبي الزواج ، وتدرس المحكمة أوجه الاعتراض والرد عليها ، وتثبت أقوال كل منهما فى محضر ، ثم تصدر القرار مسبباً ، إما برفض اعتراض الولى وإمضاء الزواج وإما بقبول ورفض توثيق الزواج .

وإذا لم يحضر الولى أو حضر ، ولم يبين أسباب الاعتراض اعتبر الاعتراض كأن لم يكن[4] .

وإذا تبين للمحكمة بعد التثبت أن الأوراق كاملة ، وأنهما خاليان من

---

(١) المادة الأولى . (٢) المادة الثانية (٣) المادة الثالثة .
(٤) المواد ٤ ، ٧ ، ٨

موانع الزواج تبحث عن سنهما من إدارة النفوس ، فإن ثبتت موافقة نتيجة التحرى للأوراق المقدمة تعلن أنه سيتم إجراء عقد النكاح ، وأن من له اعتراض عليه يبينه للمحكمة فى مدة لاتزيد على عشرة أيام تبتدىء من يوم الإعلان ، وإذا كانت إقامة أحد الخاطبين فى غير دائرة المحكمة الموثقة للعقد فإنها تكتب إلى محكمته .

ونعلق نسخة من الإعلان فى ديوان المحكمة ، ونسخة أخرى فى محل اجتماع الناس ، وإذا رأت المحكمة ضرورة تدرج صورة من الإعلان فى الجريدة أيضاً ، وإذا أعلن فى الجريدة تحفظ نسخة منها فى الملف ، وإذا ألصق يثبت تاريخ الإلصاق ، ويوقع على محضر الإلصاق الحاضرون فى وقته ويحفظ المحضر فى الملف[1] .

وإذا أصدرت المحكمة قراراً بجواز عقد النكاح منحت الإذن باستماع صيغة العقد ، وعينت نائباً عنها بمحضر العقد ، وينص فى وثيقة العقد أسماء العاقدين وشهرتهما ووالديهما وصنعتهما ، ومحل إقامتهما ودينهما وتابعيتهما ، وكذلك أسماء الشهود وشهرتهم ، وشهرة المعرِّفين ، والوكلاء إذا جرى العقد بالوكالة ، وشهود الوكالة وصناعتهم ومحل إقامتهم ، ومقدار المهر المسمى والشروط المبينة فى العقد[2] .

٦٣ — ولا شك أن هذه الإجراءات التى اشتمل عليها قانون العائلة إجراءات شكلية لأجل توثيق العقد ، ولكنها لاتتعلق بصحته ، وأما صحته فإنها تتصل بالأحكام الفقهية الإسلامية بالنسبة للمسلمين ، وأحكام الطوائف بالنسبة لغير المسلمين ، ولذلك نقول إذا تم عقد غير موثق فإن العقد يكون صحيحاً ، وإن كانت لا تسمع الدعاوى بمقتضاه ، ولا يعد الدخول فيه زنى بل يثبت به النسب ، وغيره من الأحكام الشرعية الإسلامية .

---

(١) المادتان ٥ ، ٦ (٢) المواد ٩ إلى ١٣

٦٤ — ويجب أن يلاحظ أن هذه الإجراءات ضرورية فى سوريا ، إذ أن هذه الإجراءات مأخوذة من قانون حقوق العائلة الذى أصدرته تركيا فى سنة ١٩١٧ ومازال ذلك الجزء معمولا به فى سوريا . كما نص عليه فى المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ . وإن لم يكن متفقا تمام الاتفاق مع المنصوص عليه فى قانون لبنان .

وخلاصتها أن يقدم طالب الزواج لقاضى المنطقة طلباً مصحوباً بشهادة معرفة للخاطب والمخطوبة ، وصورة مصدق عليها من قبل إدارة النفوس وأحوالهما الشخصية ، ومصحوباً بشهادة طبيب بخلو الخاطب والمخطوبة من الأمراض السرية ، وبيان ومواضع صحة الزواج ورخصة بالزواج بالنسبة للعسكريين ، وموافقة إدارة الأمن بالنسبة للأجانب .

ولا يجوز توثيق العقد بغير هذه الإجراءات ، وإذا حدث الزواج من غير توثيق لعدم توافر هذه الشروط وحصل ولد أو حمل يوثق الزواج مع عدم استيفائه لمصلحة الطفل ، وقد فرضت عقوبة لمثل هذه الأحوال ، وإذا استوفيت الإجراءات أذن فى العقد ، وإذا مضت ستة أشهر ولم يعقد العقد ألغى الإذن ، ويقوم القاضى بتوثيق العقد ، وله أن يأذن بذلك لغيره ، ويجب أن تشتمل وثيقة الزواج على الأسماء كاملة للعاقدين والشهود ومقدار المعجل والمؤجل من المهر ، وقبض المعجل أو عدم قبضه وتوقيع الوثيقة من العاقدين والشهود والولى إن كان ، ويسجل العقد فى السجل المعد لذلك ، وتبعث بصورة منه لدائرة الأحوال المدنية .

وقد جاء فى المادة ١٧ أن للقاضى ألا يأذن للمتزوج أن يتزوج على امرأته إذا تحقق أنه غير قادر على نفقتها .

العدول عن الخطبة :

٦٥ — الخطبة ليست عقداً بل هى وعد بالعقد ، وليس للوعد بعقد الزواج قوة العقد حتى على رأى الفقهاء الذين يعتبرون الوعد ملزماً لإنشاء

العقد ، وذلك لتتوافر حرية الاختيار كاملة ، فإن ذلك من مصلحة العاقدين ومن مصلحة المجتمع ، لأنه عقد الحياة والتروى فيه أمر لابد منه ، ولو ألزم الخاطب بخطبته لكان فى ذلك حمل له على العقد قبل أن تتوافر كل أسباب الدرس والفحص ، وتقليب الأمور على كل وجوهها .

هدايا الخطبة والمهر :

٦٦ — إذا تمت الخطبة ، فقد تأخذ الزوجة من زوجها هدايا ، وقد تقدم له هدايا ، كما قد يقدم لها معجل الصداق ، وإذا قدم لها المهر ثم عدل عن الخطبة ، ولم يكن قد تم عقد ، فإن له باتفاق الفقهاء أن يسترده وذلك لأنه دفعه على أساس أن يتم العقد ، ولم يتم فيسترد المهر ، وإن كان مثلياً استرد مثله ، وإن كان قيمياً استرد بعينه إلا إذا هلك فإنه تجب قيمته ، وذلك لأنه قدم على أساس أنه تنفيذ لحكم من أحكام العقد ، ليكون دليلا على تمام الرغبة ، ومادام العقد لم يتم ، وانصرف الطرفان عنه ، فإنه لامعنى لتنفيذ حكم عقد أصبح بعيد الوقوع ، بعد أن كان قريب الوقوع .

وقد تكون المخطوبة قد أعدت بهذا المهر بعض الجهاز الذى تعده عادة لاستقبال الحياة الزوجية ، وفى هذه الحال يكون استرداد المهر فيه مضرة لها ، وقد يرهقها من أمرها عسراً ولذا اتجه المشروع الذى أعده المكتب الفنى لرياسة الجمهورية المصرية إلى علاج مثل هذه الحال ، فأجاز للزوجة أن تعطيه بدل المهر بعض ما اشترته من متاع باحتساب قيمته يوم الشراء ، لكيلا يكون ضرر ولا ضرار ، وإن هذا بلا شك حكم مصلحى ليس فى الفقه ماينافيه .

وأما ما قدم من هدايا من جانب الخاطب أو جانب المخطوبة فقد طبق الحنفية فيه قواعد الهبة تطبيقاً دقيقاً ، ومذهب الحنفية جواز الرجوع فى الهبة إلا لمانع من الموانع ، ومن هذه الموانع خروج العين الموهوبة

من ملك الموهوب له أو استهلاكها ، أو تغيير وصفها أو صورتها ، وإن لم تهلك مادتها .

وبتطبيق حكم الهبة على هدية الخطبة إن حصل عدول يكون حكم الهدية أنها إن كانت قائمة بعينها لم يحصل تغيير فيها وهى فى ملك المهدى إليه ، فإن للمهدى أن يستردها بعينها ، وإن حصل تغيير فيها أو هلكت أو استهلكت فإنه لا يرجع لحدوث مانع من موانع الرجوع .

وقال الشافعية فى بعض أقوالهم إن المهدى له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة وبعوضها إن كانت هالكة أو استهلكت ، وذلك لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج وقد أبعد ، فزال السبب الذى حمل على الإهداء ، وإذا زال السبب كان له الاسترداد .

والمفتى به فى مذهب مالك يفرق بين هدايا من يعدل عن الخطبة ، وهدايا الآخر ، فإن كان الذى أهدى هو الذى عدل عن الخطبة فليس له أن يسترد شيئاً من الهدية ولو كانت قائمة حتى لا يجمع على الطرف الآخر ألم العدول وألم الاسترداد ، ولأن إبطال العمل تم من جانبه ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .

وإن كان المهدى هو الطرف الذى لم يعدل فله أن يسترد كل ما أهدى ، سواء أكان قائماً ، أم كان هالكا أو مستهلكا ، ويرد القائم بعينه ، والهالك أو المستهلك بعوضه (١) .

٦٧ — والبلاد التى كانت تسير أحكامها على مقتضى المذهب الحنفى مازالت مستمرة على ذلك ، والقانون اللبنانى نص فى مادته الثانية على ذلك : وكذلك القانون السورى ، فقد جاءت المادة الثالثة منه بهذا الحكم كما هو فى المذهب الحنفى ، إذ صرحت بأنه تجرى على أحكام الهدايا عند العدول أحكام الهبة .

---

(١) شرح الدردير ج ٢ ص ٢٥٧

ولكن مصر قد فكرت فى الأخذ بمذهب مالك مرتين (إحداهما) فى المشروع الذى قدم فى سنة ١٩١٥ فقد كان فيه هذا النص (والثانية) فى المشروع الذى أعده المكتب الفنى لرياسة جمهورية مصر ، وقد نص على ذلك فى المادة السابعة عشرة منه .

الضرر الناجم عن العدول :

٦٨ — وقد يحدث بسبب العدول عن الخطبة ضرر مادى أو أدبى لأحد العاقدين ، وإن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر فى الأضرار المادية ، لأن الأضرار الأدبية التى تمس السمعة وسببها الاستهواء والاستغواء ونحو ذلك لامحل له فى الفقه الإسلامى ، لأن الفقهاء قد اشترطوا لرؤية المخطوبة ألا يكونا فى خلوة لكيلا يكون للشيطان موضع ينفث فيه سمومه ، وما جد بين المسلمين الآن من الخروج بالخطيبة فى الملاهى منفردين ، لم يبلغ من الخطورة فى الأوساط المحترمة درجة الضرر الأدبى ، على أن الشارع الإسلامى بحكم منطقه قد نهاهم عن هذا الأمر الذى ترتب عليه الضرر الأدبى فلا يصح أن تكون مخالفته واطراح أوامره ، ونواهيه سبباً فى أن يشرع لهم مايحمى هذه المخالفة ، وإنما على أولئك المفرطين الذين أسرفوا على أنفسهم أن يتحملوا تبعات مخالفتهم لأوامر الشارع ونواهيه ، ولا يوجد قانون عادل يحمى مخالفة من يخالفونه ، إذ أن هذه الحماية تشجيع لهم على المخالفة .

٦٩ — لذلك نطرح من تقديرنا الضرر الأدبى ، ولنتجه إلى الضرر المادى ، كأن تكون الزوجة قد أعدت متاعا ، كلفت نفسها فيه الكثير ، وتكلف أهلها فيه الكثير من الأموال ، ثم جاء العدول بعد ذلك ، فكان الضرر المادى لامحالة ، هذا هو موضع النظر ، وموضع تجاذب الأنظار ، وإن موضع التجاذب بين الأنظار هو فى أمور ثلاثة :

أولها : فى مدى الإلزام فى الخطبة ، فهل يلزم الخاطب أو المخطوبة بالوفاء

بالخطبة ، وهل هذا يتفق مع حقيقتها وسبب شرعيتها ، ومع المصلحة التى ترجى فى عقد الزواج ؟

ثانيها : الحرية اللازم توافرها ليكون عقد الزواج الذى هو عقد الحياة ، وعليه يقوم بناء الأسرة والارتباط المقدس ، والرعاية الكاملة للأولاد ـ قائماً على توافق تام بين العاقدين ، من غير أن يكون فيه أى إكراه .

ثالثاً : أن الضرر يزال ، وأنه لا ضرر ولا ضرار كما ورد فى الحديث الصحيح .

٧٠ — وإن تجاذب الأنظار كان بين قضاء المحاكم ، ولا شك أنه يجب استبعاد أن الخطبة عقد ملزم لكلا طرفيه ، وإذا كانت عبارات بعض الأقضية توهم هذا فهو فهم غير صحيح ، وقد جاءت العبارات الموهمة لذلك فى حكم لمحكمة سوهاج الأهلية ، فقد نص فيه على أن الخطبة تنشىء علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ، ولا تجريدها من أى تقدير قانونى ، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو ارتباط قانونى وعقد قائم ، وفى هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائى فى الوقت الملائم ، وإنه وإن كان ليس ثمة مايوجب وفاء الالتزام عيناً أى إجراء هذا التعاقد النهائى ، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشىء إلا حقاً شخصياً ، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض ، وليس فى هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً ، إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده ، ولكن إذا جرى ذلك فى تهور أو عنف ، أو خالياً مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع ، أو لمجرد الهوى فإن ذلك يوجب التعويض . والتعويض الأدبى لا يقصد به الإثراء ، ولكن رد الكرامة ومحو الأثر السيء الذى تخلف عن فعل المخطىء ، وتستحق الخطبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج فى مجموعها مادامت لا تضمن الانتفاع بها

على الوجه الصحيح (١) :

هذا ماجاء فى ذلك الحكم ، وهو فى ذلك يقرر أن الخطبة اتفاق ملزم ، وأن نتيجة الإلزام هى التعويض عند العدول إلا إذا ثبت أن له مبرراً ، وأن التعويض يكون على الضرر الأدبى والمادى .

ونقول فى مناقشة ذلك النظر إن الإلزام فى التصرفات يجب أن يكون بحكم الشارع ، لأنه هو الذى يعطيها قوة الإلزام ، أو يكون التراضى كاملا على الالتزام ، ونحن نجد الخطبة خالية من الأمرين ، فلم يكن التراضى فى الخطبة على أساس أن كل واحد منهما لامحيص له عن العدول ، ولا يسوغ له العدول ، بل كان التراضى على أساس أن هذا تمهيد لعقد ، والإلزام فى العقد لا فى التمهيد ، كل ذلك يعرفه الناس ، لافرق بين شرقى وغربى ، ولامسلم ومسيحى ، فلاأحد يقول إن التراضى فى الخطبة كان على أساس أنه لايجوز لأحدهما أن يعدل عن الخطبة ، بل إن جواز العدول يجب أن يتوقعه كل واحد منهما فى كل وقت مادام العقد لم يتم نهائياً .

ولانجد حكما من الشارع بالإلزام ، فالمذهب الحنفى الذى مازال معمولا به لايعتبر الخطبة عقداً ملزماً ، وهو الذى يجيز للخاطب أن يسترد هداياه إن كانت قائمة ، فلا يمكن بمقتضى منطقه الذى يجب احترامه أن تكون الخطبة ملزمة بذاتها ، لأنه لايجمع بين الحكم بردالهدايا ، والحكم بالتعويض إلا إذا كان التعويض له سبب آخر غير مجرد العدول .

ولو تجاوزنا المذهب الحنفى المعمول به إلى القانون الفرنسى نجد أنه يلزم بالوعد ، إلا فى الخطبة ، لأنها وإن كانت وعداً لايصح الإلزام به ، لأن ذلك ينافى حرية الاختيار فى ذلك العقد الذى يدوم بدوام الحياة .

إذن فليس هناك أساس للإلزام لا بمقتضى المذهب الحنفى المطبق فى هذه

---

(١) الوسيط لأستاذنا الدكتور السنهورى هامش ص ٨٢٩ ، وقد ذكر أن تاريخ الحكم ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ ونشر بالمحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤

المسائل ، ولا بمقتضى القانون الفرنسى الذى كان المصدر التاريخى لما يقضى به فى المحاكم الوطنية فيما كان من اختصاصها إبان ذاك .

ولو سلمنا بأن الخطبة عقد قائم ملزم كما عبر الحكم لكان الواجب أن تكون نتيجة الإلزام الحكم بإمضاء العقد ، لأن ذلك موضوع الإلزام ، ولكنه لم يرتب هذه النتيجة ، لأنه أنزل قوة الإلزام فيه إلى مرتبة الوعد بعد أن كانت العبارات الأولى تجعله عقداً قائماً ملزماً .

وإن القضية الثانية التى يقررها الحكم وهى ضرورة إثبات مبرر للعدول وإلا كان ظلماً قال فيه بعض الأحكام الصادرة فى هذا : « إن تحرى العوامل التى دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التى لابست هذا الفسخ يقتضى التدخل فى أدق الشئون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحريات الناس[1] » .

وإن العدول فى ذاته قد يكون لأسباب نفسيه ليس من المصلحة تجاهلها فى ذلك العقد الذى يقوم على المودة الدائمة كما قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » ولذلك نجد أنه يجب أن يكون للهوى النفسى موضع فى العدول ، ولا يسوغ أن يحكم بالتعويض لمجرد أنه فى العدول أجاب داعى هواه ، فليس العقد عقداً مادياً ، ولكنه عقد نفسى قلبى .

٧١ — ونرى من هذا الكلام أن اعتبار الخطبة عقداً ملزماً غريب عن الفقه غرابته عن حقيقتها التى عرفها الخاطب والمخطوبة عند إنشائها .

ولا يصح أن يقال إنها وعد ملزم ، نعم إنها وعد . ولكنها وعد غير ملزم ، وذلك بمقتضى مذهب جمهور الفقهاء . ولم يخالف فى ذلك إلا الإمام مالك رضى الله عنه ، ففى المذهب المالكى بالنسبة للوعد أربعة أقوال :

أولها كالجمهور أن الوعد غير ملزم قضاء .

---

(١) استئناف محكمة مصر الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ .

والثانى أنه ملزم فى كل الأحوال .

والثالث أنه ملزم إن ترتب عليه أن الموعود دخل فى التزامات إيجابية بناء على الوعد ، والوعد كان الأساس لهذه الالتزامات ، كمن يريد أن يشترى شيئاً ، وليس معه جزء من الثمن ووعده آخر بالقرض إن دخل فى هذه الصفقة ، لأن إخلاف الوعد بعد ذلك يعد تغريراً لا يجوز وإن مقتضى هذا القول أن يكون الوعد مبنياً على سبب ، ودخل فى السبب لهذا الوعد .

والقول الرابع أن يكون الوعد مبنياً على سبب، وهو ملزم سواء أدخل فى السبب أم لم يدخل ، لأنه اعتمد عليه ، ولولا الوعد لاعتمد على غيره[1] .

هذا نظر الفقهاء إلى الوعد ، وليست الخطبة أكثر من وعد تمهيدى للزواج ، وإننا لو سايرنا قول الجمهور لانجد موضعاً للإلزام فيه ، ولو سايرنا المالكية لوجدنا قولا من أربعة هو الذى يجعل الوعد ملزماً بإطلاق وفى كل الأحوال .

والقوانين الأوربية لاترى الخطبة ملزمة ولو كانت وعداً ، حتى إن القوانين التى تجعل الوعد ملزما يستثنى من ذلك الخطبة بضمان حرية الاختيار فى الزواج .

وعلى ذلك لا نستطيع أن نقول إن تعويض الضرر يبنى على أصل تعاقدى ، لأن ذلك لا يعاونه الفقه الحنفى المعمول به الذى يجيز طلب رد الهدايا القائمة فضلا عن أن يدفع تعويضاً وراء ذلك ، ولا يعاونه أيضاً مبدأ قانونى .

٧٢— وإذا لم يكن وجه لإلزام تعاقدى ، فالأمر الذى تجب مراعاته هو حرية الاختيار التى يجب أن تكون مطلقة . وقد قال الأستاذ الدكتور

---

(١) كتاب الالتزامات للحطاب المطبوع مع فتاوى الشيخ عليش ص ١٧٧ ومايليها .

السنهوري : « لا يجوز أن يتقيد شخص بوعد أن يتزوج ، ومن باب أولى أن يتزوج بشخص معين ، فمثل هذا التقييد يكون مخالفا للنظام العام » ويقول الأستاذ الدكتور السيد مصطفى : « حرية الزواج وإن كانت فرعاً من الحريات الفردية العامة تتميز عنها من حيث الأهمية يكون عقد الزواج مفروضاً فيه أنه أبدى فيجب أن تكون حرية إبرامه أوسع مجالا مما في غيره من الارتباط[1] » .

وإنه يستفاد من هذا الكلام وغيره أن حرية التعاقد في عقد الزواج أن يجب تتوافر فيه أكثر من غيره ، فإن أي إكراه يؤدي لا محالة إلى اختيار من لا يريدها زوجاً له ، أو من لا تريده زوجاً لها . وإن الإكراه الذي يجب إبعاده ، لكيلا يعكر العقد في استمراره معكر يتناول صورتين :

الصورة الأولى — أن تلزم هيئة قضائية أحد العاقدين بإبرام العقد الذي لا يريده أحد الطرفين ، وذلك ما اتفقت عليه الأنظار المختلفة ، فلم يوجد بين فقهاء الشرق أو الغرب من سوغ إبرام العقد بالإكراه تنفيذاً للخطبة إذا كان العدول يؤدي إلى ضرر .

الصورة الثانية — من صور الإكراه أن تفرض مغارم مالية لمن يعدل من أحد العاقدين فإن ذلك فيه نوع من الإكراه ، إذ قد يمضي في إتمام العقد مخافة المغارم التي يتوقعها إن عدل عن الخطبة ، وهذا النوع من الإكراه هو الذي اختلفت إليه أنظار المحاكم الوطنية في مصر .

وإن الفقه عند جمهور الفقهاء لا يبرر تلك المغارم إذا كانت لمجرد العدول ، وإن الحكم بالتعويض إذا كان مجرد العدول هو الذي أوجد الضرر لا يتفق مع الفقه الإسلامي المعمول به في جملته لما يأتي :

(ا) أن الفقه الحنفي يبيح للخاطب أن يسترد هباته القائمة ، وليس من المعقول أن يجيز له استرداد الهبات في الوقت الذي يجوز أن يحكم عليه

---

(١) رسالة في مدى استعمال حقوق الزوجية ص ٥٧ .

بالتعويض إذا كان مجرد العدول يسوغ التعويض للضرر اللاحق عنه .

(ب) وأنه عند الطلاق قبل الدخول له أن يسترد نصف المهر ، ولا يمكن أن يكون العدول عن الخطبة أكثر إلزاماً من العقد المبرم الذى حدث طلاق بعده .

(حـ) وأن جمهور الفقهاء لا يرى الخطبة وعداً ملزماً ، وبذلك لا يكون إلزام فيكون العدول أمراً جائزاً ،

(د) وأن العدول متفق على جوازه ، وأنه حق لكليهما ، ولا ضمان فى استعمال حق من الحقوق ، وإن الطرف الذى وقع فى الضرر يجب أن يكون متوقعاً لهذا الضرر ، لأنه يعلم أن للآخر العدول فى أى وقت شاء ، فإن أقدم على عمل بعد الخطبة ثم حصل عدول ترتب عليه ضرر ، فالضرر نتيجة لاغتراره ، ومن المقررات الفقهية أن من يقع فى ضرر بسبب اغتراره ليس له أن يضمن أحداً ، كمن يشترى شيئاً يظنه على حال ، ولم يشترطها فى العقد ، ولم يذكرها له العاقد الآخر ، ثم تبين أن المعقود عليه على غير هذه الحال ، وتضرر بذلك فإنه ليس له أن يرجع على أحد بتعويض الضرر ؛ لأنه جاء نتيجة لاغترار هو من غير تغرير أحد .

٧٣ — ولكن ينبعث بعد ذلك ما توجبه النظرة العادلة ، وهو وقوع ضرر بالفعل نتيجة تغرير ، ومن المقررات الشرعية أن الضرر يزال . وقد قال النبى ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » وقد اعتبر الفقهاء ذلك الحديث أصلا من أصول الإسلام لتواتر معناه ، ولا شك أن من يناله ضرر يتسبب فيه غيره يكون ذلك الغير ضامناً لما أحدثه إذا كان الضرر نتيجة لاعتداء ، ولم يكن نتيجة لاستعمال حق ، وذلك لأن أسباب الضمان فى الفقه الإسلامى بشكل عام تعود إلى أحد أمرين : إما أن يكون الضمان نتيجة عقد ، وإما أن يكون الضمان سببه التعدى ، ولا شك أنه لا يوجد فى مسألة الخطبة تعاقد

يوجب ضماناً ، ويبقى النظر فى القضية من ناحية ضمان التعدى ، وعند الكلام على أساس ضمان التعدى يجب أن نفرق بين أمرين : بين ضرر ينزل نتيجة لاغترار من نزل به الضرر وضرر ينزل نتيجة لتغرير الطرف الآخر فإن الفقهاء قرروا أن الضرر الذى يكون نتيجة للاغترار لا ضمان على أحد فيه كما أشرنا ، والضرر الذى يكون نتيجة للتغرير فإن من غرره يضمن .

وبتطبيق هذه القاعدة على الخطبة نجد بعض الفقهاء المحدثين يقرر أن كل ضرر يكون بسبب الخطبة ثم العدول لا يخلو من تغرير ، لأن الأشياء المادية التى يتكلفها الطرف الذى ناله الضرر تمت تحت عين وبصر من عدل عن الخطبة ، وذلك لا يخلو من تغرير .

ولكن صاحب ذلك النظر أهمل إهمالا مطلقاً حق العدول ، وعلم من نزل به الضرر بأن ذلك حق مستمر للطرف الآخر كما أنه حق له ، وإذا كانت الثقة به قد حملته على ألا يفرض العدول ، فذلك اغترار ممن نزل به الضرر يجب أن يتحمل مغبته ، ولذلك قلنا فى كتابنا الأحوال الشخصية : « نقول قولا وسطاً فنقرر أن العدول عن الخطبة ذاته لا يكون سببا للتعويض ، لأنه حق ، والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب فى أضرار نزلت بالمخطوبة ، لا بمجرد الخطبة والعدول ، كأن يطلب هو نوعا من الجهاز ، أو تطلب هى إعداد المسكن ، ثم يكون العدول والضرر ، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذى عدل عن مجرد الخطبة فيعوض ، وإن لم يكن كذلك لا يعوض ، وعلى ذلك يكون الضرر قسمين : ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول كالمثالين السابقين ، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل ، فالأول يعوض والثانى لا يعوض ، إذ الأول كان فيه تغرير والتغرير يوجب الضمان ، كما هو مقرر فى قواعد الفقه الحنفى وغيره وفى قضايا العقل والمنطق »[1]

---

(١) كتاب الزواج ص ٣٤ للمؤلف طبعة سنة ١٩٥٢

٧٤ — ذلك الرأى الذى انتهينا إليه قد انتهى إلى مثله حكم محكمة النقض فقد جاء فيه :

إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، وخصوصاً أنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول ـ قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت فيه ، وذلك على أساس أنها هى فى حد ذاتها — بغض النظر عن العدول المجرد — أفعال ضارة موجبة للتعويض »[(١)].

وإن ذلك يتفق مع ما قررناه ، ولا اختلاف إلا فى التعويض الأدبى . وقد قلنا إن الضرر الأدبى يكون سببه خروجاً على مبادىء الشريعة، والشريعة لا تحمى من يخرج على مبادئها من الضرر ، بل إن ذلك الضرر أقل عقاب يجب أن ينزل به .

٧٥ — وقد انتهى القضاء فى مصر إلى المبادىء الثلاثة التى سردها الدكتور السنهورى وهى :

(١) أن الخطبة ليست بعقد ملزم .

(٢) وأن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض .

(٣) وأنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض .

---

(١) نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ مجموعة محمود عمر ص ٣ ج ٣ الوسيط لأستاذنا السنهورى ص ٣٨٠ .

والذى ننتهى نحن إليه بعد استعراض هذه الأحكام هو ما قررناه من قبل ، وهو أنه لا تعويض إن لم يكن فعل أو قول أوجب الضرر ، لا بمجرد الخطبة ثم العدول عنها بعد مدة طالت أو قصرت ، ويجب أن يعلم أن القانون الذى يطبق فى هذا المقام هو الشريعة الإسلامية ، فلا يطبق أى قانون سواها ، ولا يسير القاضى على أى منطق غير منطقها ، وإلا لا يكن ثمة تناسق فى الأحكام فيحكم بالتعويض من الخاطب فى الوقت الذى تقرر الشريعة وجوب رد المهر ووجوب رد الهدايا ، وإذا كان تعويض فلا بد أن يكون له مبرر من قواعدها ، وذلك المبرر يتحقق إذا كان هناك تغرير أوجب الضرر المادى .

إنشاء عقد الزواج

٧٦ — انعقاده : لاينعقد عقد الزواج إلا بالإيجاب والقبول ، وشروط انعقاده هي الشروط التي يجب تحققها عند إنشاء كل عقد ، وهي :

١ — ألا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية ، فإن كان أحد العاقدين كذلك . فعبارته ملغاة لا أثر لها ، ولا ارتباط ينشأ بوجودها ، وناقص الأهلية يصح عقده الزواج بالنيابة عن غيره ، وعقده لنفسه موقوف على إجازة من له حق الإجازة وكامل الأهلية يصح عقده عن غيره ولنفسه ، ويعد السفيه كامل الأهلية هنا . ولذلك يصح وينفذ عقد زواجه . إذ لا حجر عليه في الزواج وآثاره .

٢ — وأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، فلو تفرقت المجالس بعد الإيجاب ، وقبل القبول بطل الإيجاب .

٣ — وألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر . لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغى الإيجاب ، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب ، ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب مادام لم يرتبط بقبول لأن الالتزام لايتم قبل الارتباط بين ركني العقد ، وهما الإيجاب ، والقبول . وإذا لم يتم الالتزام فلا إلزام لأحد ، فللموجب أن يرجع .

٤ — ألا يصدر عن العاقد الثاني بعد الإيجاب مايدل على الإعراض كالفصل بكلام أجنبي ، فإن الفصل بكلام أجنبي إعراض عن الإيجاب ورفض له ، فإن قبل بعد ذلك فقد ورد القبول على غير إيجاب فلا يلتفت إليه

هذا ويلاحظ أن الإيجاب إن كان برسالة رسول ، أو بكتاب مكتوب

فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب ، فإذا انفصل عن المجلس من غير قبول ، فلا يعتبر قبوله بعد ذلك .

٧٧ — ألفاظ العقد : إن عقد الزواج لاينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه سواء أكانت حقيقة لغوية فى دلالتها عليه ، أم كانت مجازاً مشهوراً وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية ، أم كانت مجازاً وضحت فيه القرينة ، واستبان المعنى بها ، حتى صار الكلام صريحاً فى إرادة الزواج .

وقد اختلف العلماء فى هذا تضييقاً وتوسعة ، وقد اتفقوا على أن الزواج يعقد بلفظ النكاح ، وبلفظ الزواج ، واختلفوا فيما عدا ذلك ، فالشافعى رضى الله عنه منع عقد الزواج بغير هذين اللفظين ، فلا يعقد النكاح عنده بألفاظ لم تشتق من هاتين الكلمتين ، وحجته فى ذلك أنهما اللفظان اللذان يدلان على معنى هذا العقد الخطير ، ولكل معنى شرعى لفظ يدل عليه ، وهذان اللفظان هما اللذان قد ورد عن الشارع أنه استعملهما فى الدلالة على ذلك العقد ، ولأن هذا العقد تلزم فيه الشهادة ، والشهادة لابد أن تكون بلفظ وضع للزواج لامجاز فيه ، إذ القرائن قد تخفى على الشهود .

والحنفية قد وسعوا فى دلالة الألفاظ على هذا العقد ، حتى لقد أجازوا عقده بلفظ البيع إن قامت القرينة على إرادة الزواج به ، وبين الفريقين كان الحنابلة والمالكية والإمامية .

٧٨ — ولتوضيح المذاهب فى هذا المقام نقول إن الألفاظ طبقات أربع :

أولاها — لفظ النكاح والزواج ، وهذه الألفاظ باتفاق الفقهاء ينعقد بها عقد الزواج .

ثانيها — الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان فى الحال بغير عوض ، كلفظ الهبة ، وقد أجاز العقد بهذه الألفاظ أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد لورود هذا اللفظ فى القرآن فى موضع الزواج ، إذ قال الله تعالى : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى ، إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من

دون المؤمنين » وإن ذلك مجاز مشهور واضح لا تخفى فيه القرينة ، ووافق الشيعة الحنفية وغيرهم فى صحة العقد بهذا النوع من الألفاظ(١) .

ثالثها — الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان فى الحال بعوض ، إذا قصد بها معنى الزواج ، وقامت القرينة الدالة على المجاز ، وقد اختلف فى ذلك فقهاء المذهب الحنفى ، ومنع غيرهم ، وحجة المجيزين فى ذلك المذهب أن اللفظ إذا اقترن بما يدل على إرادة الزواج ، وهو يفيد ملك العين الذى يقتضى حل المتعة كان مستعملا فى حقيقة معنى الزواج فيجوز ، وحجة المانعين أن حقيقة البيع وما يشبهه تخالف حقيقة الزواج ، فلا يستعمل لفظه فيه .

رابعها — الألفاظ التى تدل على تمليك المنفعة فى الحال ، والصحيح عند الحنفية أن الزواج لاينعقد بهذه الألفاظ لمنافاة ماتدل عليه لحقيقة الزواج وما عدا هذه الألفاظ لا ينعقد بها النكاح بالاتفاق .

وهل ينعقد الزواج بغير العربية ، إذا كان العاقدان أو أحدهما لايفهم العربية فباتفاق الفقهاء ينعقد الزواج بغير العربية ، وإن كان الزوجان يفهمان العربية ، ويستطيعان العقد بها ، فقد قال الأئمة الثلاثة ينعقد الزواج بغير العربية بالألفاظ الدالة عليه فى تلك اللغة التى اختارها ، لأن التكلم بغير اللغة العربية ليس حراماً ، والأمر لايعدو أن اثنين اختارا أن يتخاطبا فى شأن من شئونهما أو فى أهم شئونهما بغير اللغة العربية ، وربما كانت تلك اللغة هى لغتهم الأصلية ، كالأردية بالنسبة للهنود ، أو التركية بالنسبة للأتراك .

وقال الشافعى لاينعقد العقد بغير اللغة العربية إذا كان العاقدان يفهمانها ويستطيعانها ، لأن النكاح حقيقة شرعية إسلامية أظلها الإسلام بحمايته ، وأوجد آثارها ، ورتب أحكامها ، ونظم العلائق بين الزوجين ، فكان كالصلاة ، لاتصح ممن يجيد العربية بغير العبارة العربية ، ولقوله صلى الله عليه وسلم

(١) البحر الزخار ج ٣ ص ١٨

« استحللتم فروجهن بكلمة الله » وكلمة الله عربية ، وهذا وجه عند الشيعة الإمامية والزيدية .

ولقد قال ابن تيمية فى هذا المقام مانصه : « إنه (أى النكاح) وإن كان قربة فإنما هو كالعتق والصدقة لا يتعين له لفظ عربى ولا عجمى . . ثم الأعجمى إذا تعلم العربية فى الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ ، كما يفهم فى من اللغة التى اعتادها . . . نعم لو قيل تكره العقود بغير العربية لغير حاجة كما تكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجها ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعى مايدل على كراهية اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة »(١) .

٧٩ — وإذا كان أحد العاقدين لا يستطيع الكلام فقد اتفق الفقهاء على جواز عقده بالإشارة المفهمة لمعنى الزواج إذا كان لا يحسن الكتابة ، لأن الإشارة أقصى طرق التعبير بياناً عنده .

وإذا كان يحسن الكتابة ففى المذهب الحنفى روايتان إحداهما ، وهى رواية الأصل : أنه لا يصح عقده بالإشارة ، لأن الكتابة أبين دلالة ، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى ، فلا يقبل منه العقد بالإشارة ، وقد اختار هذه الرواية جمع من المحققين وهى معقولة فى ذاتها .

وعلى رواية الجامع الصغير يصح عقده بالإشارة ، لأن الأصل فى العقد أن يكون بالخطاب ، فإذا عجز عنه استعين بغيره من أنواع الدلالات ، فكانت الكتابة والإشارة سواء .

وقد أخذ بهذه الرواية قدرى باشا فى كتاب الأحوال الشخصية ، ولكن مشروع لجنة ١٩١٥ أخذ برواية الأصل ، وقد أخذ بهذه الرواية أيضاً قانون الأحوال الشخصية بسوريا ، فقد نصت المادة العاشرة منه على ذلك .

ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالمكاتبة إذا لم يكونا فى مكان واحد

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠

كما يصح بالرسول . فيكتب إلى المخطوبة أو وليها كتاباً برسمها أو رسمه ، فتجيب أو يجيب بالقبول على أن يكون ذلك بحضرة شهود يعلمون مضمون كتاب الإيجاب ويشهدون على القبول ، بأن تقول مثلا زوجت نفسى منه أو قبلت ، وباطلاعهم على مضمون الكتاب ، وإسماعهم القبول ، يشهدون على شطرى العقد .

٨٠ — صيغة العقد : يشترط فى صيغة عقد الزواج أن تكون بلفظين أحدهما للماضى ، والآخر للمستقبل ، وأن تكون منجزة ، غير معلقة ولا مضافة إلى المستقبل .

أما الشرط الأول ، فلأن الأصل فى صيغ العقود الإسلامية أن تكون بلفظ ماض ، لأن الألفاظ الماضية هى التى تدل على إنشاء العقود فى اللغة العربية . ولفظ الحال أو الاستقبال لا يدل على الإنشاء إلا بقرينة ، فهو يحتمل المساومة ، والتمهيد ، ولأن الآثار الواردة تثبت أن النبى والصحابة كانوا ينشئون عقودهم بالألفاظ الماضية .

وهذا حكم معلل ، وليس تعبدياً ، ولذلك إذا قصد بالألفاظ التى تدل على الحال أو الاستقبال إنشاء العقد ، وقامت القرائن اللفظية القاطعة أنشىء العقد .

وقد استثنى عقد الزواج من بين العقود ، فأجيز أن ينشأ بلفظين : أحدهما للماضى ، والآخر للمستقبل أو الحال ، فيجوز أن يقول الخاطب مثلا زوجنى ابنتك ، فيقول الآخر قبلت ، أو يقول أزوجك ابنتى فيقول : قبلت ، وإنما استثنى عقد الزواج ، لأن الذى يمنع الإيجاب بصيغة المستقبل هو احتمال المساومة ، وذلك بعيد فى عقد الزواج ، لأنه يسبقه تمهيدات ومقدمات تبعد معنى المساومة وتعين إرادة الإنشاء فى الحال .

ولأن الصيغة الأولى المذكورة ، وهى زوجنى تدل على معنى التوكيل ، وعقد الزواج يصح أن يتولاه واحد عن الطرفين ، فإذا قال الخاطب

زوجنى ، وقال الطرف الآخر قبلت ، كان مؤدى ذلك أن الأول وكل الثانى ، والثانى أنشأ العقد عن الطرفين بعبارته .

وأما اشتراط التنجيز ، فلأن عقد الزواج عقد تترتب عليه أحكامه فور إنشائه فلا تتراخى آثاره عن السبب وهو الصيغة ، فيجب أن تكون الصيغة قاطعة فى الإنشاء فى الحال ، والصيغة المضافة والمعلقة لا تفيدان ذلك ، إذ الصيغة المعلقة تفيد إنشاء العقد فى المستقبل عند وجود أمر يمكن أن يكون ، ويمكن ألا يكون ، والصيغة المضافة إلى المستقبل تنشىء العقد فى الحال ، ولكن تؤخر الأحكام إلى زمن مستقبل ، وكلتاهما لا تتفق مع حقيقة عقد الزواج الشرعية ، ومع خطره وشأنه إذ كيف ينشأ بعبارة تعلق الوجود على أمر قد يوجد ، وربما لا يوجد ، وبمثل هذا الرضا الاحتمالى لا ينشأ العقد ، ثم الزواج عقد لا تتراخى أحكامه عن أسبابه ، فلا يمكن أن يضاف إلى المستقبل لأن ذلك يقتضى تأخير الأحكام ، وهو مناقض لحقيقته الشرعية [1] .

٨١ — تأبيد عقد الزواج : وصيغة الزواج يجب ألا تكون دالة على التأقيت ، وألا يقترن بها مايدل على التأقيت صراحة ، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها ، وإقامة الأسرة ، وتربية الأولاد والقيام على شئونهم ، وذلك لا يكون على الوجه الكامل إلا إذا كانت عقدة الزواج باقية إلى أن يفرق الموت .

ولقد حكم الفقهاء ببطلان نوعين من العقود ، لتنافيهما مع التأبيد ، وقد كان هذان العقدان معروفين فى الجاهلية ، وهذان العقدان هما المتعة والنكاح المؤقت .

أما عقد المتعة فصورته أن يقول أتمتع بك مدة كذا بكذا من المال ، وقد ورد أن النبى ﷺ أذن فيها فى غزوة غزاها ، واشتدت على الناس

---

(١) لقد جاء فى إعلام الموقعين مايفيد أنه ورد عن الإمام أحمد جواز تعليق النكاح ، ففيه مانصه . «نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط ، وهذا هو الصحيح» ج ٣ ص ٣٣٨

فيها العزوبة ، ثم ثبت ثبوتاً قاطعاً أن النبي ﷺ نهى عنها، ونسخ هذه الإباحة وثبت ذلك بطريقة تبلغ حد التواتر . فقد أثر عنه أنه نهى عنها ست مرات فى ست مناسبات ، ليؤكد النسخ والإلغاء وكان ذلك فى مواقع ست ، إحداها فى خيبر ، والثانية فى تبوك ، والثالثة يوم الفتح ، والرابعة بعد ذلك فى عام الفتح والخامسة فى عمرة القضاء والسادسة فى حجة الوداع .

وقال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء : إن نكاح المتعة باطل لا ينعقد أصلا ، لنهى النبي ﷺ ، ولأنه لم يكن زواجاً بإجماع علماء المسلمين ، والله سبحانه وتعالى قال فى وصف المؤمنين : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم » ، والمعقود عليها عقد متعة ليست زوجاً باتفاق المسلمين حتى الشيعة ، فإنهم لا يرتبون لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث .

ويلاحظ أن تحريم المتعة نقل نقلا صحيحاً عن الإمامين أبى جعفر محمد الباقر . وأبى عبد الله الصادق ، وهما إمامان من أئمة الشيعة من غير نكير ، بل إنهم فى هذا العصر يعبرون عن أنفسهم بالجعفرية نسبة إلى الإمام جعفر الصادق رضى الله تبارك وتعالى عنه ، وقد روى أن بساما الصيرفى سأل أبا عبد الله جعفر الصادق عن المتعة ووصفها له فقال رضى الله عنه : ذاك الزنى ، ولقد جاء فى الكافى عن الحسن بن يحيى بن زيد فقيه العراق أنه قال : « أجمع آل رسول الله ﷺ على كراهية المتعة والنهى عنها » ، وهم فى ذلك تبع لإمام الهدى على بن أبى طالب الذى قال مصمما كل التصميم : « لا أوتى بمستمتعين إلا رجمتهما » ، وهو الذى قال لعبد الله بن عباس عند ما بلغه أنه يفتى بجوازها : « إنك امرؤ تائه لقد نسخها رسول الله ﷺ » ، ولقد روى البيهقى عن ابن شهاب الزهرى أنه قال إن ابن عباس رضى الله عنهما مامات حتى رجع عن هذه الفتيا . قال سعيد بن جبير : قلت لابن عباس ماتقول فى المتعة ، فقد أكثر الناس فيها ، وذكر له أنه نقل عنه الفتوى بجوازها ، فقال ابن عباس : والله ماأفتيت بهذا ، وإلا فهى كالميتة لا تحل إلا للمضطر ،

وإن هذا النص لا يومىء إلى التحريم المطلق ، وإنما يومىء إلى التحريم فى غير حال الضرورة ، إذ شبهها بالميتة تباح عند الاضطرار . ولا نعلم ضرورة تبيح المتعة ، لأن النبى ﷺ يقول : « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » . وما دام باب الصوم مفتوحاً فإنه لاضرورة توجب المتعة .

ولم يسلم فقهاء الإمامية بأن المتعة نسخت ، إذ يقولون إن الأدلة التى تثبتها لم يوجد فى قوتها ماينسخها . إذ أن الأدلة إما من القرآن ، أو من الإجماع ، والذى يدعى أنه نسخها أخبار آحاد ؛ فمن القرآن قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » وقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لاتحرموا طيبات ماأحل الله لكم » وقد روى عن ابن مسعود أنه أفتى بها ، ففى الصحيحين أنه قال : « رخص رسول الله لنا أن تنكح المرأة إلى أجل بالشىء » ثم قرأ قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لاتحرموا طيبات ما أحل الله لكم » .

وإن الإجماع قد انعقد على أن النبى ﷺ كان قد أباحها ، ودعوى النسخ بعد ذلك لاتنقض هذا الإجماع . وعلى فرض أن العبارات قد وردت بالنسخ ، فإنه يصح أن يكون النسخ منصباً على الميراث والطلاق ، فإنه عقد ينتهى بانتهاء مدته ، ولا يحتاج إلى طلاق ، ولا توارث فيه .

وإن ذلك الكلام فيه نظر كبير من وجوه .

أولها : أن الآية التى ساقوها هى فى بيان النكاح ، ولم تتعرض للمتعة قط ، بدليل أنها كان قبل ذلك الكلام فى المحرمات ، وقال سبحانه « وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » وقوله تعالى بعد ذلك ، « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » .

وإن الإجماع لم ينعقد على إباحتها ، فإن الذين جاءوا بعد النبى كانوا

جميعاً على تحريمها إلا مانسب لابن عباس من أنه أباحها فى مثل أحوال الضرورة ، وإنه لاحجة فى عصر النبى ﷺ غير قوله وكتاب الله سبحانه وتعالى ، فلا حجة للإجماع فى عصره ، فما كان الإجماع يتصور أن يكون منعقداً فى عصر النبى ، إنما الإجماع كان بعده على التحريم إلا من ذكرنا .

وإن ثبوت النسخ لم يكن بخبر آحاد ، بل كان ثبوت النسخ كان بالقرآن - أولا - وبالأخبار المتواترة عن النبى ﷺ ثانياً - أما القرآن فقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم » ومن المؤكد المتفق عليه أن المستمتع بها لاتعد زوجة بدليل أنه لايجرى عليها طلاق ولا ميراث ، وأما الأخبار المتواترة فهى ما استفاض من الصحابة رضى الله عنهم من أن النبى نسخها ست مرات ، وإذا كان قد روى عن ابن مسعود وابن عباس البقاء على الحل ، فخبره هو خبر الآحاد ، وأما الباقى فهم الجمهور ، وأخبارهم متواترة .

وفى الحق أن المتعة بقية من بقايا الجاهلية ، ولعل النبى ﷺ تركها من غير نص على تحريمها ، كما ترك القرآن الخمر والميسر من غير نص على تحريمهما تحريماً قاطعاً ، حتى فقدت العادات الجاهلية قوتها ، وذهبت شدة تمسك العرب بها بعد أن ذاقوا بشاشة الإسلام . فلما ذهبت عنهم قوة تلك العادات الجاهلية جاء النص القاطع بالتحريم ، وذلك هو قوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ، ولا متخذى أخدان » ، وليست المتعة إلا اتخاذ الأخدان فى الجاهلية ، فإذا كان التحريم قد تأخر ، فليس معنى ذلك الإباحة بالنص ، بل قالوا إن ما كان مباحاً فى الجاهلية إذا حرمه الإسلام لايكون مباحا بحكم الإسلام قبل التحريم ، بل يكون فى مرتبة العفو .

والشيعة يشترطون شروطاً فى المتعة منها :

(١) الإيجاب والقبول من أهلها (٢) وذكر المهر ، وإن لم يذكر المهر بطل (٣) وأن يذكر الأجل وإن لم يذكر الأجل ، فالأقرب البطلان .

وقد اختصت المتعة بأجازة المتعة بالكتابية عند الشيعة . ولا تجوز الكتابية عندهم فى غيرها ، ويجوزون فيها متعة الأمة على الحرة بإذنها ، والجمع بين العمة وبنت الأخ بإذن العمة ، والخالة وبنت الأخت بإذنها أيضاً . وتكره المتعة بالزانية ، ولا تجوز متعة البكر بغير الإذن من الأب ، وكل شرط فيها جائز ، ولا حد للمهر ، وإذا أخلت ببعض المدة سقط من المهر بنسبة المدة التى أخلت بها . ولو ظهر بطلان العقد فلا مهر لها قبل الدخول . وبعده لها المهر ويلحق به الولد ، ولو نفاه نفيده فلا لعان ، ولا يقع بها طلاق ولا لعان ولا ظهار ، ولا ميراث لها وإن شرط ، وتعتد بأبعد الأجل بحيضتين . أو بخمسة وأربعين يوماً ، وفى الموت بأربعة أشهر وعشر ، وإن كانت حاملا فبأبعد الأجلين وضع الحمل أو لمدة الوفاة .

النكاح المؤقت :

وأما النكاح المؤقت فهو الذى ينشأ بلفظ من الألفاظ التى ينعقد بها عقد الزواج ، ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على تأقيت الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر ، وهو يدخل فى المتعة عند الإمامية الذين أباحوها ، وذكره قسما لها عند الحنفية فقط .

وقد قال جمهور الفقهاء : إن الزواج المؤقت باطل ، لأنه من زواج المتعة أو على الأقل هو فى معناه ، إذ أن الغرض من النكاح المؤقت هو عين الغرض من المتعة ، واقتران الصيغة بما يدل على التوقيت وتقييدها بالوقت جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج ، والعبرة فى إنشاء العقود للمقاصد والمعانى ، لا للألفاظ المجردة والمبانى .

ولقد جاء فى كتاب تبيين الحقائق للزيلعى ما نصه : « روى الحسن عن

أبى حنيفة أنه قال إذا ذكر فى العقد مدة لا يعيش مثلهما إليها صح النكاح لأنه فى معنى المؤبد » .

ولكن الراجح عن أبى حنيفة هو أن العقد باطل طالت المدة أو قصرت لأن الصيغة بتوقيتها صارت غير صالحة للإنشاء .

ولقد قال زفر بن الهذيل من أصحاب أبى حنيفة : إن النكاح المؤقت ينعقد مؤبداً ويلغو شرط التوقيت ، وذلك لأن الصيغة فى ذاتها صالحة لإنشاء العقد ، ولكن اقترن بها شرط فاسد ، وهو ما يدل على التوقيت ، ومن المقرر فى القواعد الفقهية العامة أن النكاح لا تفسده الشروط الفاسدة ، ومثل اقتران الصيغة بما يدل على التوقيت بالزمن ، كمثل ما إذا ذكرا شرطاً تنفيذه يؤدى إلى تقصير أمد الزواج مثل أن يقول تزوجتك على أن أطلقك بعد شهر ، فقد اتفق الحنفية على أن الزواج فى هذه الحال يكون صحيحاً ، ويكون الشرط باطلا لاغياً ، فكذلك إذا ذكر زمناً صريحاً كأن يقول تزوجتك على أن يكون الزواج لمدة سنة ، فيلغى الشرط وينعقد الزواج مؤبدا .

فزفر إذن يفرق بين النكاح المؤقت والمتعة من حيث إن المتعة يكون العقد فيها بلفظ أتمتع ، أما النكاح المؤقت فيكون بلفظ الزواج ونحوه ، ولهذا يصحح الثانى ، ويبطل الأول .

أما جمهور الفقهاء ، فلا يفرقون فى الحكم بين النكاح المؤقت والمتعة ، حيث إن المؤدى واحد فى كليهما .

٨٢ — <u>تولى عاقد واحد صيغة الزواج</u> : الأصل فى العقود أن يتولى إنشاءها عاقدان ينشىء أحدهما الإيجاب والآخر القبول ، ولم يسغ أن يتولى عاقد واحد إنشاء العقد من الجانبين فى العقود المالية ، إلا فى أحوال استثنائية مثل أن يبيع الأب لابنه ، أو أن يشترى من ابنه الذى هو فى ولايته .

ولقد اختص عقد الزواج من بين العقود بأنه قد يتولاه عاقد واحد ، يقوم مقام عاقدين ، وتقوم عبارته مقام عبارتين ، وذلك يكون إذا كانت

له ولاية إنشاء العقد من كلا الجانبين ، ولم يكن فضولياً بالنسبة لأحدهما .

وتكون له الولاية من الجانبين :

(١) إذا كان وكيلا عن الرجل والمرأة .

(٢) أو كان وكيلا من جانب وأصيلا من جانب ، كأن توكله فى أن يزوجها من نفسه .

(٣) أو يكون ولياً من جانبين ، كأن يزوج حفيدته من ابن عمها الذى هو حفيده أيضاً ، وكلاهما فى ولايته .

(٤) أو يكون ولياً من جانب ووكيلا من جانب آخر كأن يوكل رجل آخر فى أن يزوجه من ابنته التى هى ولايته :

(٥) أو يكون ولياً من جانب وأصيلا من جانب آخر ، كأ يزوج نفسه من ابنة عمه التى هى فى ولايته .

ففى هذه الصور الخمس لم يكن فضولياً من أى جانب ، بل كانت له الولاية إما بالإصالة ، أو بالشرع ، أو بالتوكيل .

٨٣ — هذا رأى الطرفين أبى حنيفة ومحمد ، ووافقهما مالك وأحمد ، وخالفهما الشافعى وزفر ، فلم يجيزا أن يتولى شخص واحد للعقد من الجانبين بعبارة واحدة . كما خالفهما أبو يوسف ، فأجاز أن يتولى شخص العقد عن الطرفين ، ولو لم تكن له ولاية كفضولى يعقد عنهما ، أو يكون فضولياً بالنسبة لأحدهما ، فإن العقد يصح بعبارته ، ويكون موقوفاً على إجازة تصرف الفضولى .

وحجة الشافعى وزفر أن العقد يفيد إثبات التزامات ، وحقوقاً تثبت لكلا طرفيه ، وهذا يقتضى طرفين ، إذ لا يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالبا بشىء واحد فى وقت واحد ، ومن جهة أخرى فإن النكاح ككل عقد لا يتم إلا بإرادتين إحداهما موجبة والأخرى قابلة ، وهما صفتان متقابلتان لا يمكن أن تقوما بشخص واحد فى حال واحدة .

وحجة من أثبت انعقاد العقد من الجانبين بصيغة واحدة وورود آثار تولى فيها شخص واحد العقد من الجانبين من ذلك ما يروى أن عقبة بن عامر، روى عن النبي ﷺ أنه قال لرجل: أترضى أن أزوجك فلانة قال نعم، وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلاناً؟ قالت نعم فزوج أحدهما من صاحبه، وقد كان ذلك بعد النبي من بعض الصحابه أيضاً، ولم يستنكره جمهورهم، ويروى أن قوله تعالى « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتوهن ما كتب لهن، وترغبون أن تنكحوهن، قد نزل فى يتيمة فى حجر وليها، وهى ذات مال، فلم يذكر سبحانه وتعالى بطلان العقد، ولكن بين لهم أنه لا يحل عدم إعطاء المهور، فكان ذلك تقريراً ضمنياً لصحة العقد.

وأن النائب سواء أكان ولياً أم كان وكيلا لا ترجع فى الزواج حقوق العقد ولا أحكامه إليه، بل هو كما يقول الفقهاء سفير ومعبر، فلا يكون ملزماً وملتزماً لشيء واحد، ثم هو ما دام معبراً عن كلا الطرفين، فقد صارت عبارته تحمل فى ثناياها عبارتين، وتصلح لإيجاد هذه الحقيقة الشرعية. من غير أى مناقضة لأصل شرعي ثابت.

وقد احتج أبو يوسف فى إثبات انعقاد العقد بعبارة واحدة، ولو كان فضولياً بأنها قائمة مقام عبارتين، وهى تعبر عن شخصين، وإن لم تكن ثمة ولاية عن أحدهما أو عن كليهما، فينعقد العقد، وأثر الفضولى إنما يكون فى النفاذ، فينفذ إن أجازه من لم يعط العاقد توكيلا، وإلا بطل، ككل عقد موقوف على إجازة من له حق الإجازة.

والنكاح فى نظر أبى يوسف كالخلع، وكما أن الخلع قد يثبت من الزوج فى غيبة زوجته، وينفذ إن أجازته، ويكون قد قام بعبارة واحدة، ولم يكن نائباً عن أحد طرفيه يثبت الزواج أيضاً، وقد صح الخلع فى هذه الحال باتفاق فقهاء الحنفية.

وحجة الطرفين وغيرهما فى عدم انعقاد العقد بعبارة واحدة إن لم يكن بولاية عن الجانبين — أن الأصل ألا ينعقد إلا بعبارتين متقابلتين من شخصين ، ولكن تقوم العبارة مقام العبارتين ، إذا قام الدليل مقدماً على أنها قائمة مقامهما ، وكانت الولاية سابقة على الإنشاء فتصدر العبارة حينئذ وهى محملة بهذين المعنيين المتقابلين ، فإن لم تكن الولاية سابقة ، فقد صدرت ، وهى لا تحمل إلا معنى واحداً ، إذ ليس للشخص الواحد أن يجعل عبارته دالة على معنيين متقابلين ، وعلى ذلك إذا صدرت العبارة فإنما يكون شطر العقد قد وجد ، ولم يوجد الشطر الثانى فلا وجود للعقد ، حتى يقبل الإجازة .

ولا يقاس النكاح على الخلع من الزوج إذا كانت غائبة لأن الخلع من جانب الزوج يمين أى تعليق الطلاق على قبول المال ، وتعليق الطلاق ليس عقداً ، ويجوز فى حضرة المرأة وغيبتها ، وقبولها ليس إجازة ولكنه وقوع ما علق الطلاق عليه ، ففرق بين الحقيقتين .

شروط الزواج

٨٤ــ تنقسم شروط الزواج إلى ثلاثة أقسام ــ شروط صحة ، وشروط نفاذ ، وشروط لزوم ، أما شروط الصحة ، فهي الشروط التي لا يعتبر العقد بغيرها موجوداً وجوداً يحترمه الشارع ، وتثبت بها الأحكام التي ناطها بالعقد .

وشروط النفاذ هي الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على كلا عاقديه بغير وجودها ، ويستمر العقد موقوفا عند بعض الفقهاء إذا لم تتوافر هذه الشروط ، حتى تكون الإجازة ، فيكون النفاذ .

وشروط اللزوم هي الشروط التي لا يلزم العقد كلا طرفيه إلا بوجودها ، وبغيرها يكون لأحد العاقدين أن يفسخ العقد لا أن ينهيه .

شروط صحة العقد

٨٥ ــ يشترط لصحة الزواج شرطان :ــ أحدهما ــ حضور الشاهدين ، ـ وثانيهما ــ أن تكون المرأة محلا للعقد ، بأن تكون غير محرمة على الرجل مؤقتاً أو مؤبداً ، ولنتكلم في كل واحد من هذين الشرطين ببعض التفصيل ، أما شرط الشهادة فقد اتفق فقهاء المسلمين في كل العصور على أن الغاية منه شهر الزواج وإعلانه بين الناس ، فإن فرق ما بين الحلال والحرام الاعلان ، كما وردت بذلك الآثار ، وكما تعارف الناس من وقت أن عرفوا شريعة الزواج إلى الآن ، ولقد قال النبي ﷺ : « أعلنوا النكاح ولو بالدف » ، ولقد قال أبو بكر الصديق « لا يجوز نكاح السر ، حتى يعلن ويشهد عليه » .

ولكن هل تعتبر شهادة اثنين كافية للإعلان من غير حاجة إلى إعلان

دونها ، ولو تواصيا بالكتمان ؟ إن الأقوال فى ذلك ثلاثة :

القول الأول هو قول أبى حنيفة إن الشهادة وحدها هى الإعلان . ولو تواصى الشاهدان بالكتمان ، وهذا رأى بعض الفقهاء ، وحجتهم ما استفاض من الأخبار من اشتراط الشهود ، وتعيينهم طريقاً للإعلان وحدهم ، فقد روى أن النبى ﷺ قال : « لا نكاح إلا بشهود » وروت عائشة أن النبى ﷺ قال « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، فإن تشاجروا ، فالسلطان ولى من لا ولى له » .

وإن الشارع باشتراطه الشهادة قد رسم طريق الإعلان ، ولم يترك أمره ، من غير حدود ورسوم ، بل حده وعينه بالشهادة ، فكانت هى الحد المرسوم ، وبحضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق معنى الجهر والإعلان ولو تواصوا بالكتمان ، لأن السر لا يكون بين أربعة ، بل هو الجهر ، ولذلك يقول القائل .

وسرك ما كان عند امرىء وسر الثلاثة غير الخفى

وإن نفى النبى ﷺ النكاح من غير شهود دليل على أن الشهادة أمر لا بد منه وأنها كافية للإعلان .

القول الثانى — وهو المشهور عند مالك أن الشهادة ليست شرطاً لإنشاء العقد ، بل الشرط لإنشاء العقد مطلق الإعلان ، والشهادة شرط لحل الدخول ، أى أنها ليست شرطاً للانعقاد ، ولكنها شرط لترتيب الآثار ، والشهادة وحدها لا تكفى للإعلان ، وإن الشاهدين إذا تواصيا بالكتمان لا ينشأ العقد ، بل لا بد من توافر الإعلان للانعقاد ، ثم تتعين الشهادة لترتيب الآثار .

القول الثالث — أن الإعلان وحده كاف لإنشاء العقد ، من غير حاجة مطلقاً إلى تعيين الشهادة حداً مرسوماً للإعلان ، ومن غير اشتراطها لترتب الآثار ، لأن القصد هو الإعلان ، وهو فرق ما بين النكاح والسفاح .

وهذا قول عند مالك رضى الله عنه،وقول عند أحمد ، ولكن المشهور عن أحمد أنه مع الجمهور . والشيعة مع الجمهور على أن الشهادة لابد منها وأنها كافية للإعلان ، وهناك رأى راجح عند الإمامية منهم أن الشهادة ليست بشرط .

٨٦ — وقد احتج لمالك رضى الله عنه فى المشهور عنه ، وهو القول الثانى بما ورد من الآثار السابقة الدلالة على وجوب الإعلان ، وبأن الكتاب الكريم لم يشترط الشهادة فى انعقاد عقد الزواج ، ونصوص السنة ليست صريحة فى الإلزام بها وحدها فى الإعلان عند الانعقاد ولأن الرسول جعل مناط الصحة هو الإعلان فى قوله « أعلنوا النكاح ولو بالدف » .

ولقد قال يزيد بن هارون « أمر الله سبحانه وتعالى بالإشهاد فى البيع[1] دون النكاح ، فاشترط أصحاب الرأى الشهادة للنكاح ، ولم يشترطوها للبيع » .

وأما الشهادة فلورود النصوص بها اشترطت لترتيب الآثار،لا للانعقاد. وليست صريحة فى طلبها للانعقاد ، فكانت شرطاً لترتيب الآثار فقط .

٨٧— ويشترط فى الشهادة أن تكون برجلين أو رجل وامرأتين ، كما يشترط فيهما الحرية والبلوغ والعقل ، وسماع كلام العاقدين وفهمه ، والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين ، ولا يشترط الإبصار ولا العدالة عند الحنفية .

ولنعرج ببعض التفصيل لهذه الشروط .

١ — أما الشرط الأول وهو العدد فقد ثبت بالنص ، وهو نصاب الشهادة المعروفة للإثبات فى غير بعض الحدود ، فأولى أن يكون نصاب الشهادة التى يكون الغرض منها الإعلان ، وأما اشتراط أن تكون برجلين

---

(١) وذلك فى قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم » .

أو تكون برجل وامرأتين فإن شهادة النساء وحدهن لا تجوز عند الجمهور في غير مسائل استثنائية . ولأن النساء وحدهن لا يكفين للإعلان ؛ لأن المرأة المسلمة لا تغشى المجالس والمحافل فالإعلان لا يثبت بشهادة النساء وحدهن[1] ويكون إعلانهن بين النساء وحدهن وإن كان مع النساء رجل ، فإن الإعلان يتوافر بين الرجال والنساء معاً .

وأما البلوغ والعقل والحرية فلأن عقد الزواج عقد له خطر وشأن ، فلا يحضره إلا ذو الاعتبار من الناس ، ولا يشيع إلا بأقوالهم ، ولأن الشهادة في نظر فقهاء الإسلام ولاية ، ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم ، فلا تثبت لهم شهادة على غيرهم[2] .

واشتراط السماع والفهم ليتحقق الإعلان ، والإخبار وذيوع العقد بين الناس ، وحضور الأصم أو من لا يفهم معاني العبارات التي نشأ بها العقد ، كغيبته فلا يعتبر قد شاهد وعاين ، لأنه لم يعلم شيئاً .

والإسلام شرط في زواج المسلمين، لأن العبرة بشيوع أمر الزواج بينهم ، ولأن الشهادة من باب الولاية كما أشرنا ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم بمقتضى حكم الإسلام ، لأن لعقد الزواج اعتباراً دينياً ، فلابد أن يكون الحاضرون فيه الذين يعنى الزواج بشهاداتهم من أهل العبادة الإسلامية .

وإذا كانت الزوجة كتابية والزوج مسلماً . فقد قال محمد وزفر والشافعي وأحمد لا تجوز شهادة الكتابيين ، بل لابد من شهادة المسلمين ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يصح العقد بشهادة الكتابيين .

ودليل الأولين أن الزواج زواج مسلم ، فلا بد أن يذيع بين المسلمين ،

---

(١) في رواية مشهورة في مذهب أحمد ، وفي مذهب الشافعي أن شهادة الزواج لا تكون إلا برجلين ، فلا تكون برجل وامرأتين .

(٢) مذهب أحمد جواز شهادة العبيد ؛ واستبعد نفيها لأنه لا كتاب ولا سنة في نفيها ؛ ونقل عن أنس أنه قال : « ما علمت أحد رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها يوم القيامة » .

وذلك بحضور الشاهدين المسلمين ، ولأن الشهادة على العقد ، والعقد يتعلق بالزوج والزوجة معاً ، فإذا جازت شهادة غير المسلمين ، فقد كانت على المسلم وغير المسلم ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، كما بينا .

ووجهة نظر أبى حنيفة وأبى يوسف أن الشهادة فى الزواج على المرأة ، وهى كتابية ، فتجوز شهادة الكتابيين عليها .

٨٨ — وأبو حنيفة وأصحابه لا يشترطون العدالة فى شهود النكاح ، واشترطها الشافعى ، وأحمد فى رواية عنه . والشيعة قد اختلفوا على رأيين : أحدهما إنه لابد من العدالة . والثانى لايشترط العدالة كمذهب أبى حنيفة وعلى هذا الزيدية .

واستدل من اشترط العدالة بثلاثة أدلة :

(أولها) قوله ﷺ ، لا نكاح إلا بولى مرشد ، وشاهدى عدل ، فالعدالة شرط بنص الحديث الذى أثبت لزومها .

(ثانيها) أن الشهادة فى النكاح من باب الكرامة لذلك العقد الخطير ، ولا كرامة للفساق .

(ثالثها) أن الشهادة لها فائدة غير الشهر والإعلان وهو الإثبات عند الجحود ، فلابد أن يكون الشهود من الصالحين لأداء الشهادة ، بأن يكونوا عدولا مقبولى الشهادة .

وقد استدل الحنفية لرأيهم فى عدم اشتراطها :

(١) بأن الغرض من الشهادة هو الإعلان ، وهو يتحقق بحضور الفساق كما يتحقق بحضور الأبرار .

(٢) وبأن الفاسق أهل لأن ينشىء عقد الزواج لنفسه ، ولمن هو فى ولايته ، فأولى أن يشهد عليه ، لأن الشهادة عليه أقل من إنشائه ، وقد ملك الإنشاء فيملكها بالأولى .

(٣) وبأن الفاسق أهل لأن يتولى أمر العامة ، فأولى أن تكون له ولاية فى ذلك الشأن الذى هو دونها بلا ريب .

وقد استظهر كمال الدين بن الهمام أن الفاسق إنما يقبل حضوره فى الزواج ، ويعتبر شاهداً فيه ، إذا لم يكن فى حال تلبسه بالفسق ، وذكر أن العبيد لا تقبل شهادتهم لعظم شأن العقد ، ثم قال : « وعلى اعتبار الأولى تنفى شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم ، وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو ، وهذا الذى أدين به ، ثم يقول فى موضع آخر « فالحق صحة العقد بحضرة فساق ، لا فى حال فسقهم » .

٨٩ — هذا ويلاحظ فى الشهادة فى الزواج أمران :

(أولهما) أنه يجوز عند الحنفية أن يكون الشهود من آباء الزوجين أو فروعهما ، لأن الشهادة للإعلان لا للإثبات ، وإنما ترد شهادة الفروع لأصولهم ، والأصول لفروعهم فى الإثبات فقط لأجل التهمة ، وهنا ليس الغرض الإثبات . .

(وثانيهما) أنه إذا كان أحد العاقدين يعقد بالوكالة فى حضرة الأصيل أو الولى الذى وكله ، فإنه يعتبر أن الموكل هو الذى باشر العقد ، وإن كان الذى عبر هو الوكيل ، ولا مانع من أن يعتبر المعبر من الشهود ، إن احتاج نصاب الشهادة إليه ليكمل العدد ، مثال ذلك :

١ — أن توكل الزوجة رجلا يتولى العقد ، ثم تحضر فى أثناء إنشائه ، فإنه يصح العقد إذا كان الوكيل معه شاهد آخر ، ولا يقال إن العقد قد عقد بحضرة شاهد واحد ، فقد اعتبرت المرأة قد باشرت العقد ، والوكيل والآخر كانا شاهدين وذلك على نظر الذين يجيزون أن تتولى المرأة إنشاء عقد الزواج .

(ب) إذا وكل ولى الزوجة وكيلا لمباشرة العقد ، ثم حضر الولى إنشاءه فإنه يعتبر هو المنشىء ، ولا مانع من اعتبار الوكيل شاهداً ، فيكتفى بشهادته مع آخر .

٩٠ — عقد الزواج عقد شكلى : يقسم فقهاء القانون العقود إلى قسمين:

١ — عقود رضائية تتم ويعترف بها القانون . ويرتب أحكامها ، ويظلها بحمايته ، بمجرد تحقق تراضى الطرفين ، وتوافق إرادتهما .

٢ — وعقود شكلية ، وهى التى لا يعترف القانون بها ، ولا تترتب أحكامها ويظلها بحمايته بمجرد التراضى عليها ، بل يشترط شروطاً أخرى لترتيب الأحكام وحمايتها ، وتنفيذها ، كالرسمية فى بعض الهبات .

وعقد الزواج كما رأيت ينفى الشارع اعتباره ، ولا يرتب أحكامه ، بحمايته بمجرد تراضى الطرفين عليه ، بل لابد من الشهر والإعلان بالشهادة ، على مذهب الجمهور ، وبغيرها معها على المشهور عند مالك رضى الله عنه ، فهو إذن عقد شكلى لا رضائى ، وإن كان الرضا أساساً فيه عند جمهور الفقهاء .

ولا جدوى فى أن يقال إن الشهادة فى النكاح شرط صحة لا شرط انعقاد ، لأنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده من جهة ، ولأنه على أى اعتبار لا يعترف الشارع الإسلامى بوجود العقد ، ويرتب الأحكام عليه مجرداً إذا لم ينشأ بشهادة الشهود[1] .

٩١ — محلية المرأة للزواج : تكلمنا ببعض التفصيل فى شرط الشهادة ، أما الشرط الثانى للصحة . وهو ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً ، فلا نتكلم هنا فى تفصيله وبيان المحرمات ، بل نترك بيان ذلك لباب قائم بذاته ـ لما له من الشأن فى أحكام الزواج .

وهنا نتكلم عن كون هذا الشرط شرط صحة أو شرط انعقاد ، وكلام الفقهاء فى ذلك . قد يقول قائل : لقد ذكر الفقهاء أن حل المرأة للرجل شرط صحة مع أن ذلك محل العقد ، وقد كان المعقول أن يكون ذلك شرط انعقاد لا شرط صحة ، لأن شروط الانعقاد إن تخلفت لم يكن للعقد وجود ، وشروط الصحة إن تخلفت يكون العقد موجوداً ، ولكن يكون فاسداً .

وإن الجواب عن ذلك الاعتراض هو أن التفرقة بين شرط الانعقاد

---

(١) راجع البحث مفصلا فى كتابنا الملكية ونظرية العقد .

وشرط الصحة لها جدواها بالنسبة لعقود المعاملات المالية ، لأن المذهب الحنفى يقرر فيها تفرقة جوهرية بين الباطل من العقود والفاسد ، وأنه إن تخلف شرط الانعقاد كان العقد باطلا لا وجود له ، وإن تخلف شرط الصحة كان له وجود ، ولكنه يكون فاسداً .

أما النكاح فإنه من المقرر عند كثيرين من الحنفية ، والجارى على عباراتهم فى كتبهم أنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده ، ففاسده باطل ، وباطله فاسد ؛ لأن الشارع لا يعترف لكليهما بوجود ، على ما سنبين ، ولقد لاحظنا هذا المعنى فتكلمنا عن الانعقاد فى الصيغة ، ومن يتكلم بها ، باعتبار أن هذه هى العناصر المكونة للإيجاب والقبول ، ثم تكلمنا بعد ذلك فى موضوع الإيجاب والقبول وشروطه ، وسمينا القسم الأخير شروط صحة ، باعتبار أنه ليس من العبارة المكونة المنشئة .

شروط نفاذ العقد

٩٢ — يشترط لنفاذ العقد ، أن يكون الذى تولى إنشاءه له ولاية إنشائه فإذا كان الذى تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح نافذ ، وكذلك إذا عقد لمن هو فى ولايته ، أو من وكله فى إنشاء العقد ، ففى كل هذه الأحوال كانت له ولاية الإنشاء بالأصالة فى الأول ، وبالولاية الشرعية فى الثانية ، وبالوكالة فى الثالثة .

وإذا لم يكن للعاقد ولاية الإنشاء ، إما لأنه ليس كامل الأهلية ، أو لأنه كامل الأهلية ، ولكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع ، أو بتوكيل صاحب الشأن فإن العقد لا يكون نافذاً ، بل يكون موقوفا ، ولذلك يشترط فى النفاذ أن يكون العاقد بالغاً عاقلا ، يعقد لنفسه ، أو لمن هو فى ولايته أو لمن وكله ؛ فإذا كان العاقد ناقص الأهلية فعقده موقوف ، وكذلك إذا عقد كامل الأهلية عن غيره بغير إنابة ؛ يكون فضولياً ، ويكون عقده موقوفاً على إجازة غيره .

هذا ويلاحظ أمران (أحدهما) أنه لا يشترط فى نفاذ العقد الرشد ، فيصح عقد الزواج وينفذ من السفيه ، ولو كان محجوراً عليه ، وكذلك ذو الغفلة ، وذلك لأن موضوع الحجر فى السفيه وذى الغفلة هو التصرفات المالية ، وأما التصرفات الشخصية ، فليست موضع حجر ، فيجوز الزواج ؛ ولكن لا يثبت من المهر أكثر من مهر المثل ، إذا كان السفيه هو الزوج ؛ ويثبت لها مهر مثلها على الأقل ، إذا كان السفيه هو الزوجة .

(الأمر الثانى) أن مذهب أبى حنيفة ورواية عن أبى يوسف أن المرأة لها كامل الولاية فى شأن زواجها ، وليس لأحد عليها ولاية الإجبار مادامت بالغة عاقلة ، كما أن العقد يصح بعباراتها ، وينشأ وإن كان الأحب والأحسن أن توكل عنها وليها العاصب فى شأن زواجها .

وجمهور الفقهاء على أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بنفسها ، وأن العقد لا ينشأ بعبارة النساء ، وإن لم يكن للولى عليها ولاية الإجبار ، فهو يشترك معها فى اختيار زوجها ، وهو يتولى مباشرة العقد ، ولذلك الموضوع فضل من البيان سنذكره عند الكلام فى ولاية الزواج .

شروط اللزوم

٩٣ — عقد الزواج عقد لازم فى أصل حقيقته ليس لأحد أن ينفرد بفسخه ، ونقصد بفسخه نقض العقد من أصله ، والطلاق ليس نقضاً للعقد من أصله ، بل هو إنهاء لأحكامه ، وهو من الحقوق التى يملكها الزوج بمقتضى العقد ، لا باعتبار أن ذلك فسخ ونقض للعقد .

وإنما كان عقد الزواج فى أصل شرعته لازماً ، لأن المقاصد الشرعية التى نيطت به لا يمكن تحققها إلا مع لزومه ، إذ العشرة الزوجية الصالحة ، وتربية الأولاد ، والقيام على شئونهم من أحكامه ، وهى أحكام لا تتفق إلا مع اللزوم ، وقد كانت شرعية الطلاق عندما تفسد الحياة الزوجية ،

ولا يمكن الإمساك بالمعروف ، ويكون بقاؤهما ظلماً ، وتلك أحوال عارضة فلم يكن الطلاق مشروعا فى الدين بإطلاق على ما سنبين إن شاء الله تعالى :

ولكن عقد الزواج عند إنشائه ، ربما لا تتوافر فيه كل عناصر الرضا الصحيح ، كأن تكون تغريرات قد وجدت ، أو لم يكن أولياء الزوجة على علم تام بحال الزوج ، أو لم تكن هى كذلك على علم تام ، ثم يتبين أنه دونها كفاءة . ففى هذه الأحوال وأشباهها يكون للعاقد الذى لم يكن رضاه على أساس صحيح - حق الفسخ ، وكذلك يكون لولى الزوجة حق الفسخ ، إذا كان فى الزواج ما تعير به الأسرة ، وكان ذلك سيراً على القاعدة الفقهية التى تقرر أن كل عيب فى الرضا يجعل للعاقد الحق فى الفسخ ، لكى يكون استمرار العقد من بعد ذلك على أساس الرضا الصحيح الكامل .

ولهذا كله قد ينشأ العقد وتترتب أحكامه التى لا تتراخى عن سببه ، ومع ذلك يكون غير لازم ، ولقد قالوا إن شروط اللزوم فى المذهب الحنفى هى :

١ — ألا يكون الولى الذى يزوج فاقد الأهلية أو ناقصها — غير الأب والجد والابن ، فإنه إذا كان المزوج للمجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد والابن ، فإنه عند إفاقتهما يكون لهما خيار الإفاقة ، فيكون لهما حق فسخ العقد . ولو كان بالكفء ومهر المثل ، كما هو مقرر ثابت ، وذلك لأنه وإن كان العقد ظاهر المصلحة ، يكون للمولى عليه حق الفسخ لاعتبارات أخرى نفسية ، لا تتضمن ملاحظتها من الولى .

وسيتبين ذلك كاملا عند الكلام فى ولاية الزواج .

٢ — ألا يقل المهر عن مهر المثل إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير إشراك وليها فى أمرها ، فإنه إذا كان المهر أقل من مهر المثل ، فإن الولى العاصب له الاعتراض على الزواج ، حتى يفسخ أو يكمل مهر المثل ، وذلك على رأى أبى حنيفة رضى الله عنه ، لأن الولى العاصب يعير بقلة مهر من لها صلة عصوبة به ، ويفتخر بكثرته ، كما هو جار فى عرف الناس .

٣ — ألا تزوج البالغة العاقلة نفسها من غير كفء ، وإلا كان لوليها حق الفسخ بالاعتراض على الزواج ورفع الأمر إلى القاضى . بطلب فسخه على تفصيل وأقوال كثيرة سنبينها عند الكلام فى (الكفاءة) ولكن الراجح فى المذهب الحنفى مارواه الحسن بن زياد عن أبى حنيفة من أن العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفء يكون الزواج غير صحيح .

٤ — ألا يكون قد شاب العقد تغرير فيما يتعلق بالكفاءة بأن نسب نفسه لغير قبيلته ، ثم تبين أنه دونها نسباً ، وأنه من هذه الناحية ليس كفئاً ، ففى هذه الحال يكون لها حق الفسخ كما لوليها ، وكذلك إذا اشترطت عند الزواج أن يكون كفئاً ، ثم تبين أنه ليس بكفء . وهكذا كل تجهيل يتصل بالكفاءة يكون من شأنه أن يجعل العقد غير لازم بالنسبة لها إذا تبين أنه دونها ، وإذا كان التغرير فى النسب لا يؤدى إلى نقص كفاءته ولكنها لا ترضاه بأن ذكر نسباً ، ثم تبين أن نسبه دون هذا ، ولكنه كفء لها ، فقد قرر فقهاء الحنفية أن لها الفسخ ؛ لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح ، وخالف فى ذلك زفر ، وقال ليس لها حق الفسخ ، كما أنه ليس له حق الفسخ إذا انتسبت إلى غير نسبها ، ولكن الفرق واضح ، لأنه يملك التخلص بالطلاق وهى لا تملك ، وهو لا يعير بزواجها ، وهى تعير بزواجها بمن دونها ، وتفخر بزواج من هو أعلى منها .

٩٤ — وقد اشترط بعض الكتاب للزوم العقد ، ألا يكون بالزوج عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر ، فإن لها أن تطلب التفريق من القاضى ، ويفرق بينهما إن ثبت له ذلك ، وإن ذلك الشرط يكون مقبولا إلى حد فى بعض الأحوال على مقتضى مذهب أحمد بن حنبل الذى يعتبر التفريق للعيوب فسخاً ولكنه لا يستقيم على مذهب مالك الذى يعتبر ذلك التفريق طلاقاً ؛ لأن الطلاق إنما هو إنهاء يحتسب من عدد الطلقات ، لافسخ لا يحتسب ، ويملكه القاضى بالنيابة القانونية عن الزوج ؛ لأن الزوج كان

يجب عليه أن يطلق إذا فات الإمساك بمعروف ، إذ تعين عليه التسريح بإحسان وهو بالطلاق . ولما لم يطلق قام القاضى مقامه فيه فطلق عليه بطلاق بائن محتسب مما يملك من الثلاث ، وبهذا النظر أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، فاعتبر تفريق القاضى المستحكم طلاقاً بائناً محتسباً من عدد الطلقات .

٩٥ — هذا ومن المقرر أن الزواج لا يدخله خيار العيب ولا خيار الرؤية ، وفى خيار الشرط كلام فى المذهب الحنبلى . وإنما كان لا يدخله خيار العيب ولا الرؤية ؛ لأن الزواج يفرض فيه أن الرجل والمرأة كلاهما عرف صاحبه معرفة تامة من كل الوجوه من الناحية الجسمية الظاهرة ، وإذا كان الشارع يفرض ذلك ، فهو لم يقرر فيه خياراً من هذه الخيارات .

فإن ظهر عيب كان خفياً ، ولا يمكن معه إقامة عشرة صحيحة ، أو لم يكن عند الزواج عيب ، ثم وجد العيب المستحكم الذى يكون معه ضرر العشرة الدائمة ، ففى هذه الحال يكون للزوجة حق طلب التفريق من القاضى ، ويفسخ أو يطلق بناء على ذلك ، وهل يكون معنى هذا أن خيار العيب يدخل عقد الزواج ؟ يظهر لى أن هذا لا يعد من التفريق لخيار العيب ، وإنما يعد من التفريق للضرر من العيب ، بدليل أن ذلك الحق لا يثبت فى العيب الذى كان قائماً وقت الزواج فقط ، بل يثبت أيضاً فى العيب الذى يعرض بعد ذلك ، مع أن الخيارات الذى يثبتها الفقه الإسلامى يجب لتحقق معناها أن يكون سببها قائما وقت إنشاء العقد . فخيار العيب يوجب أن يكون العيب قائماً وقت العقد ولا يعلمه ، ولذلك يكون الفسخ بخيار العيب فى البيع ونحوه مستنداً إلى وقت العقد ، أى أنه يعود عليه بالنقض لنقصان الرضا وقت الإنشاء ، وليس الأمر كذلك فى التفريق للعيب فى الزواج ، إذ أنه يثبت من وقت حكم القاضى — حتى على رأى من يقول إنه فسخ لا طلاق — هو إنهاء للزواج وإن لم يعد فى الطلقات ، وهذا ظاهر كل الظهور بالنسبة للعيب الطارىء بعد تمام العقد .

أما العيب الذى كان ثابتا وقت العقد فإن سبب الفسخ يكون قائماً من وقت إنشائه ، وإن تأخر العلم ، ويكون العقد غير لازم بالنسبه لها ، ولكن عند التفريق ، لا يكون التفريق مستنداً إلى وقت العقد ، كالتفريق لخيار العيب ، بل يكون ثابتا من وقت الحكم ، ولذلك تترتب الآثار إلى ما قبل الحكم ، فتجب النفقة اتفاقا ، ويثبت المهر كله بعد الدخول ، أو بعضه قبله على قول الأكثرين ... وهكذا .

هذه شروط الزواج لصحته ، ونفاذه ، ولزومه ، قد فصلنا بعضها ، وكنا قد تركنا مايحتاج تفصيله إلى شرح وإيضاح . وهو كون المرأة حلا للرجل ، والولاية والكفاءة ، ولنبين ذلك الآن .

المحرّمات

٩٦ ــ المحرمات قسمان : (١) محرمات على التأبيد ، لا يحل للرجل أن يتزوج بهن أبداً ، وهن اللاتى كان سبب تحريمهن وصفاً غير قابل للزوال كالبنوة والأخوة ، والعمومة ، وهكذا . (٢) ومحرمات تحريماً مؤقتاً ، وهن اللاتى يكون سبب تحريمهن أمراً قابلا للزوال ، فيكون التحريم ما بقى ذلك الأمر ، ككونها زوجة للغير . أوكونها مشركة ، أو كونه غير مسلم ، فإن هذه أمور قابلة للزوال ، فإذا زالت زال التحريم .

والمحرمات على التأبيد ثلاثة أنواع : (١) محرمات بسبب القرابة ، ومحرمات بسبب المصاهرة ، ومحرمات بسبب الرضاعة ؛ فإن هذه الأنواع الثلاثة تنشيء صلات غير قابلة للزوال ، فيكون التحريم أيضا غير قابل للزوال .

٩٧ ــ والمحرمات بسبب القرابة أربع شعب ، هى :

(ا) فروع الرجل من النساء ، وإن نزلن ، فتحرم عليه بنته ، وبنت بنته ، وبنت ابنه ، وهكذا كل فرع يكون جزءاً منه أو جزءاً ممن يتصل به ذلك الاتصال .

(ب) أصوله من النساء ، وإن علون ، فأمه وجداته من جهة أبيه ، أو من جهة أمه جميعاً هن أصوله من النساء ، فيحرمن عليه ؛ إذ هو جزء منهن فكما حرم عليه جزؤه ، فكذلك حرم عليه من هو جزؤهن .

(ح) فروع أبويه . وإن نزلن ، وفروع الأبوين هن الأخوات، سواء أكن شقيقات ، أم لأب ، أم لأم ، وفروع الأخوة والأخوات ، فيحرم على

الرجل أخواته جميعاً ، وأولاد إخوته ، وأخواته جميعاً ، وفروعهم مهما تكن الدرجة .

(د) فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة ، فالعمات والخالات حرام عليه ، مهما تكن درجة الجد والجدة ، ولكن بنات الأعمام والأخوال والخالات والعمات حلال ، مهما يعل الجد أو الجدة اللاتى تفرعن منها ، إذ المحرم من فروع الأجداد والجدات من ينفصل عن الأصل بدرجة واحدة .

٩٨ — والأصل الذى ثبت به تحريم هؤلاء هو قوله تعالى :
« حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ، وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت » فإن تلك الآية الكريمة حرمت سبعاً بنصها ، وبعض الأنواع السابقة تبين تحريمه من نص الآية الكريمة ، وبعضها يستبين بضرب من التفسير ، أو التأويل الظاهر .

فالأم ثبت تحريمها بنص الآية ، لأنها ذكرتها بنصها ، ومثل ذلك البنات الصلبيات ، والعمات والخالات ، وكل من ينفصل بدرجة واحدة يطلق عليه عمة أو خالة مهما يعلون ، ومهما يكن الجدود الذين ينتمون إليهم ، وكذلك ثبت بالنص تحريم الأخوات ، وبنات الأخ وبنات الأخت .

أما الجدات فكان تحريمهن أولا بالإجماع ، إذ انعقد الإجماع على ذلك معتمداً على الآية ، وثانياً لأن الجدات أمهات مجازاً ، إذ الأم تطلق على الأصل من النساء على سبيل المجاز ، أو المراد بالأمهات الأصول ؛ وذلك إطلاق لغوى استعمله القرآن الكريم فى قوله تعالى : « وعنده أم الكتاب » وثالثاً بدلالة النص ؛ لأن الله حرم العمات والخالات ، فالجدات أولى بالتحريم ، لأنهن طريق الاتصال ، ففهم تحريمهن بدلالة النص .

وبنات البنات ، وإن نزلن ، وبنات الأبناء كذلك ثبت تحريمهن بالطرق

الثلاث : النص ، والإجماع ، ودلالة النص ، لأنهن أقرب إلى الرجل من عماته وخالاته ، وبالمجاز إذ هن بنات الشخص مجازاً .

ومثل ذلك بنات بنات الأخ ، وبنات بنات الأخت إلى آخره ، فقد كان الإجماع عليهن ، وثبت التحريم بدلالة النص ، وبطريق المجاز كما بينا .

والقرابة المذكورة فى الآية سبب التحريم ، سواء كان سبب ذلك النكاح أم السفاح ، فالبنت التى تلدها من يزنى بها حرام عليه ، ولو كان نسبها لايثبت منه ، لأن الزنى لايثبت نسباً ، وهكذا فالنظر فى القرابة المحرمة إلى الواقع ؛ لأن العلة هى الجزئية ، وصلة الدم ثابتة قائمة ، فيثبت معها التحريم .

وهذا مذهب أبى حنيفة وأصحابه ومذهب الشافعى خالف ذلك ، وقرر أن القرابة التى تكون من سفاح لاتحرم النكاح ، إنما الذى يحرم النكاح هو القرابة الناشئة من نكاح ؛ لأنها القرابة التى يثبت بها النسب شرعاً ، وفى غيرها ينتفى النسب ، فلا تحريم لذهاب موجبه ، ولأن التحريم بالقرابة نعمة ، والنعمة لاتثبت بالمعصية .

٩٩ — حكمة التحريم : (١) قد أجمعت الشرائع المنزلة على تحريم الزواج من المذكورات ، فالإسلام هذا نصه ، واليهودية والنصرانية فيما بقى منهما من أحكام إلى اليوم ترى فيهما التحريم لهؤلاء ثابتاً . ونصوصه قائمة ، وأجمعت الشرائع المنزلة على التحريم — ذلك الإجماع ؛ لأنه مشتق من الفطرة الإنسانية ، بل بعض الحيوان العالى لايأخذ أليفه من عشه أو وجاره ، بل يسعى إلى عش آخر أو وجار آخر .

(ب) ولقد أثبتت التجارب العلمية التى أجريت فى الحيوان أن التلاقح بين سلائل مختلفة الأرومة ينتج نتاجا قوياً ، والتلاقح بين حيوانات متحدة الأرومة ينتج نسلا ضعيفاً .

وعلى ذلك يكون التزاوج بين القرابة القريبة ينتج نسلا ضعيفاً ، وقد

لاحظ ذلك الأقدمون . فهذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لآل السائب ، وقد رآهم يتزاوجون فيما بينهم : « قدأضويتم ، فانكحوا فى النوابغ » .

وتعليل ذلك واضح ، فإن الإقبال على ذات القرابة القوية لايكون قوياً والولد نتيجة هذا الإقبال ، إذ يولد من ذلك .

(ح) هذا وإن الزواج من هؤلاء القريبات يفسد العلائق الكريمة التى تربط بينهن ، والعواطف الشريفة التى تبعثها الفطرية إليهن ، فأولئك يتمتعن بحدب الأبوة وحنانها ، أو بر البنوة وتقديسها للأبوة ، أو مشاركة الأخوة فى تمازج الأحاسيس الأخوية التى أوجدتها المشاركة فى الدم ، وهكذا سائر القرابات القريبة ، فإذا كان الزواج منهن ـ فسدت تلك العلائق ؛ لأن أكثرها يتنافى مع الأنس الزوجى الذى يقتضى أن ينخلع الإنسان فى كثيرمن الأحيان من ربقة التقاليد التى كونتها العلائق السابقة ، وحينئذ تفسد هذه العلائق بمقاومة العاطفة التى يخلقها الزواج ، فتضعف كلتاهما بالمقاومة ، فلا تكون قرابة كريمة شريفة ، ولا زوجية صالحة .

ولقد قال فى هذا المقام الكاسانى فى البدائع : « إن نكاح هؤلاء يفضى إلى قطع الرحم ؛ لأن النكاح لايخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة ، وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحياناً ، وذلك يفضى إلى قطع الرحم ، فكان النكاح منهن سبباً لقطع الرحم ، ومفضياً إليه ، والمفضى إلى الحرام حرام ، وهذا المعنى يعم الفرق السبع ؛ لأن قرابتهن محرمة القطع ، واجبة الوصل ، وتختص الأمهات بمعنى آخر ، وهو أن احترام الأم وتعظيمها واجب ، ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف ، وخفض الجناح لهما ، والقول الكريم ، ونهى عن التأفيف لهما ، فلو جاز النكاح ، والمرأة تكون تحت أمر الزوج ، وطاعة مستحقة عليها للزمها ذلك ، وإنه ينافى الاحترام ، فيؤدى إلى التناقض » .

وإن ذلك الكلام حق لاريب فيه ، لأن الحياة الزوجية لاتتفق مع

علاقات القرابة ، ولا تستقيم كلتاهما مع الأخرى ، فتفسد كلتاهما .

وذلك فوق أنه قد يكون تنافس بين هؤلاء الأقارب على واحدة منهن ، فتكون القطيعة .

(د) وإننا لو أبحنا الزواج بين هؤلاء الأقربين لكان من الواجب ألا يلتقى الرجل بإحدى هؤلاء القريبات ، حتى لايتولد الطمع فيهن ، والطمع يلهب الحس ويثور به الشوق ، فتكون مفاسد ، وإذا منع التقاء الأخ بأخته ، والرجل بعمته وخالته وابنة أخيه كان فى ذلك ضيق شديد فكان التحريم لينقطع الطمع ، ويكون اللقاء ، وقد قال الدهلوى فى حجة الله البالغة : « الأصل فى التحريم جريان العادة بالاصطحاب والارتباط ، وعدم إمكان لزوم الستر بينهم ، وارتباط الحاجات من الجانبين على الوجه الطبيعى دون الصناعى ، فإنه لو لم تجر السنة بقطع الطمع عنهن والإعراض عن الرغبة فيهن لهاجت مفاسد لاتحصى . . وأيضاً لو فتح باب الرغبة فيهن ، ولم يسد ولم تقم اللائمة عليهم فيه ، لأفضى ذلك إلى ضرر عظيم عليهن ، فإنه يكون سبب عضلهن عمن يرغبن فيه لأنفسهن » .

وبعد فإن هذا التحريم هو صوت الفطرة ، والدفاع عنه دفاع عن بدهيات ، والأمم التى كانت تبيح بعض هذا قد أنكر التاريخ صنيعها ، وساق أخبارها فى مساق المنكرات ، وسجل سوء مغبته .

١٠٠ — المحرمات بسبب المصاهرة ، يحرم بسبب المصاهرة على التأبيد أربع شعب :

أولها : من كانت زوجة أصله ، وإن علا ذلك الأصل ، سواء أكان من العصبات كأبى الأب ، أم كان من ذوى الأرحام كأبى الأم ، وسواء أدخل بها الأصل أم لم يدخل .

ثانيها : من كانت زوجة فرعه سواء أكان من العصبات كابن الابن أم من ذوى الأرحام كابن البنت ، وسواء دخل بها أم لم يدخل .

ثالثها : أصول من كانت زوجته وإن علون ، سواء أدخل بزوجته أم لم يدخل .

رابعها : فروع من كانت زوجته ، وإن نزلن . ولكن بشرط الدخول بزوجته .

١٠١ — ولنبين الدليل على تحريم كل طائفة من هذه الطوائف الأربع .

أما الطائفة الأولى ، فالدليل على تحريمها قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ، إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا » وقد دلت هذه الآية الكريمة بنصها على تحريم زواج من كانت زوجة للأب، وبما اشتملت عليه من تحريم أزواج الأجداد وإن علوا ، لأن وصف المقت والفاحشة يتحقق فى الزوج بمن كن زوجات الأجداد وإن علوا ، كما يتحقق فى التزوج من زوجة الأب ، ويصح أن يفهم تحريم زوجات الأصول جميعاً إذا أردنا من الآباء الأصول ، لأنه قد يراد به الأصل مجازاً فيشمل الأب الحقيقى والجد وإن علا ، وقد انعقد الإجماع على تحريم زوجات الأجداد ، فكان ذلك التحريم ثابتاً بالإجماع .

هذا وإن نكاح زوجة الأصل يفضى إلى قطع الرحم ، لأنه إذا فارقها أصله فقد يندم ، فيريد أن يعيدها ، فإذا تزوجها ابنه أو حفيده فقد قطع السبيل دون إرادته ، وأوحشه بذلك ، وإن الفطرة السليمة تجافى ذلك النكاح الذى سماه الشارع مقتاً وفاحشة .

والآية تفيد أن زوجة الأصل محرمة ، سواء أدخل بها الأصل أم لم يدخل ، لأن النكاح المراد به العقد ، فالعقد وحده سبب للتحريم ، سواء أكان معه دخول أم لم يكن .

وأما الطائفة الثانية ، وهى زوجة الفروع فقد ثبت تحريمها بقوله : وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » وذلك عطف على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » .

وقد قيد الله سبحانه وتعالى الأبناء بقيد أن يكونوا من الأصلاب لكي يعرف الأبناء بذلك الوصف ، فيفيد أن الأبناء هم الذين من الصلب لا الذين يتبنون ، وبهذا يتبين أن المحرم هو زوجات الأبناء ، لا زوجات المتبنين لأنهم ليسوا أبناء ، إذ ليسوا من دمه ، وليسوا جزءاً منه .

وقد ثبتت حرمة زوجة الابن بالنص ، وغيره بالقياس المساوى الجلى ، لأن سبب التحريم هو الجزئية ، وكل فروع الشخص أجزاء منه ، أو يراد من الأبناء كل من يتصل به بصلة الولادة ، لأن أولئك أبناء مجازاً له ، وقد انعقد الإجماع على تحريم زوجة الفرع .

وزوجة الفرع محرمة ولو لم يدخل بها ، لأن الله تعالى قال : « وحلائل أبنائكم » والحليلة من تحل ، سواء أحصل دخول أم لم يحصل .

والحكمة فى تحريم زوجة الفرع هو المحافظة على العلائق بين آحاد الأسرة ، ومنع كل مايؤدى إلى القطيعة بينهم ، إذ لو أبيح للرجل أن يتزوج حليلة ابنه بعد أن يطلقها لأدى ذلك إلى بذر بذور الضغينة بينهما ؛ لأن الابن ربما يريد معاودة الحياة مع مطلقته ، فإذا رأى أباه قد تزوجها أضغنه ذلك وأوحشه ، وإن زوجة الابن ، كبنت الأب ، وكثيراً ماتناديه بنداء البنت لأبيها ، فكيف يحل له زواجها ، وإن هذا ضد الفطرة السليمة .

وأما الدليل على تحريم الطائفة الثالثة ، وهن فروع من كانت زوجته التى دخل بها ، فهو قوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » وذلك عطف على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم . . . »

والربيبة هى ابنة الزوجة ، لأنه يربيها ، وهى حرام بنص الآية ، سواء أكانت فى الحجر أو لم تكن ، ووصفها بأنها فى الحجر وصف كاشف ، وليس بقيد ، لأن الغالب أنها تكون فى الحجر ، ولقد قال بعض الناس كالظاهرة إن تحريم الربيبة مقيد بأن تكون فى الحجر ، ويروى ذلك القول

عن على ، وليس بصحيح فى نسبته وحجته ، لأن ذكر الوصف عند التحريم لا يدل على الحل إذا لم يكن ، بدليل أنه عندما نص على حال الحل ذكرها فى حالة الدخول فقط ، فقال : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن ، فلا جناح عليكم » ولم يذكر عند الحل الحال التى لا تكون فيها فى حجره فأقصى ما يدل عليه الوصف ، أن يكون مشيراً إلى الغالب ، أو هو مبين للتحريم فى حال وجوده ، والباقى فهم تحريمه من علة التحريم ، أى بالقياس الجلى ، أو من مفهوم قوله تعالى : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » فإنه يثبت أن حال الدخول تثبت الحرمة ، سواء أكانت فى الحجر أم لم تكن .

فالحق أن ذلك الوصف ليس للتقييد ، بل خرج تخريج العادة ، ولبيان قبح التزوج بهن ، لأنهن غالباً فى حجورهم كأبنائهم وبناتهم ، فلهن ما للبنات من تحريم .

وأما دليل تحريم الطائفة الرابعة ، فقوله تعالى : « وأمهات نسائكم » بالعطف على قوله تعالى : « حرمت عليكم » وقد أثبت هذا النص حرمة زواج الأم ، وأثبت حرمة زواج الجدات ، بدلالة النص ، أو القياس الجلى ، أو دلالة الأولى على حسب تسمية علماء الأصول لذلك النوع من الأدلة ، وقد انعقد الإجماع على تحريم كل أصول الزوجة ، ويصح أن نقول إن المراد من الأمهات الأصول ؛ لأن الأم هى الأصل فى بعض الاطلاقات ويجوز أن تكون هنا كذلك .

وأمهات الزوجة يحرم الزواج بهن ، سواء أدخل بالزوجة أم لم يدخل للإطلاق وعدم التقييد بحال الدخول كما قيد التحريم فى قوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » وهذا رأى الجمهور من الفقهاء .

وهناك رأيان آخران : (أحداهما) أن تحريم أم الزوجة مقيد بالدخول بها . كما قيد تحريم بنت الزوجة .

والرأى الثانى هو رأى زيد بن ثابت . وهو أنه إن حصل فراق البنت عن طلاق قبل الدخول تحل له الأم . وإن كان الفراق بسبب الوفاة فلا تحل

لأن الفراق بالموت كالفراق بعد الدخول يثبت المهر كاملا ، فكان مثبتاً للتحريم ، كما أثبت المهر .

واحتج من اشترط الدخول لتحريم البنت أن الله تعالى قال : «وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن ، فلا جناح عليكم» وقد جاء القيد الأخير بعد الأمرين فكان التحريم فى الطائفتين مقيداً بالدخول . وعلى ذلك يكون شرط الدخول ثابتاً فى تحريم الأمهات ، كما هو ثابت فى تحريم البنات .

واحتج الجمهور بظاهر الآية ، لأن الوصف كان للحال الأخيرة دون سابقتها ، فكانت الأولى على إطلاقها ، وكان التحريم فى الثانية مقيداً بحال الدخول ، والأصل فى الألفاظ أن تجرى على ظاهرها ، واعتبار القيد للاثنتين تخريج للكلام على غير ظاهره ، ولا يخرج الكلام على غير الظاهر إلا لداع يدعو إليه ، كعدم استقامة المعنى على الظاهر ، والمعنى هنا على الظاهر مستقيم ، لا يحتاج إلى تخريج .

وقد أيدت السنة ذلك الظاهر وعينته للدلالة ، فقد روى أن رسول الله ﷺ قال . أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده ، فلا بأس أن يتزوج ابنتها ، وأيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها ، أو ماتت عنده ، فلا يحل له أن يتزوج أمها »[1] .

وأن التفرقة بين الزواج من أم الزوجة وبنتها واضح ، لأنه إن طلق البنت قبل الدخول ، وتزوج أمها ألقى بنيران العداوة فى قلب البنت ، وليس فى نفسها من دواعى الإيثار ما يجعلها تؤثر أمها بذلك الزوج على نفسها ، والعرف لا يعاونها عليه ، أما الأم فإنها فى العادة وبسنة الفطرة تؤثر بنتها على نفسها ، ولئن ثارت فى نفسها الغيرة ، فإن مجرى العادة والعرف يطفئها ،

---

(١) طعن فى هذا الخبر محمد بن جرير الطبرى ، ولكن قد كثر النقل عن النبى صلى الله عليه وسلم فى معناه ، وجاءت الفتوى بمعناه عن كثير من الصحابة .

وفرط محبتها لابنتها يلطفها ، ولكن إن حصل دخول بالأم تكون قد استوفت كل حظوظ الزواج ، وكانت بنتها كبنت الزوج ، فلا تحل له ، والعادات ومجارى العرف لاتقر هذا الزواج فكان التحريم .

١٠٢ — وقبل أن نترك هذا المقام نشير إلى أمرين كانا موضع اختلاف الفقهاء . أحدهما — اللمس بشهوة ، والنظر بشهوة ، أيعتبر كالدخول الحقيقى ، ويعطى أحكامه فى حال اشتراط الدخول للتحريم ، وهى حال الربيبة ، أم لا يكون كالدخول ، فلا تحرم به .

قال أبو حنيفة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والليث بن سعد : إن اللمس بشهوة يكون كالدخول ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال داوود والمزنى لايحرم إلا الدخول الحقيقى ، وهو القول المختار المفتى به عند الشافعى .

وقد اشترط أبو حنيفة فى النظر الذى يعتبر كالدخول وكاللمس بشهوة أن يكون للفرج .

وأساس الخلاف فى هذا الأمر أن من يرى أن النظر بشهوة أو اللمس بشهوة كالدخول فى إثبات التحريم — توسع فى معنى الدخول ، فجعل كل ماهو من قبيل الاستمتاع من نظر ولمس بشهوة ، أو لمس بشهوة فقط على رأى بعضهم ، يعد دخولا ، لما فيه من معنى المتعة التى جعلت الدخول محرما ، وقد أيدوا نظرهم ببعض الأخبار ، من مثل ماروى من أن النبى ﷺ قال : « من نظر إلى فرج امرأة حرمت عليه أمها وبنتها » .

أما الفريق الذى لايعتبر غير الدخول الحقيقى محرماً ، فهو لم يتوسع ذلك التوسع فى معنى الدخول ، لأن اللفظ إذا أطلق لاينصرف إلا إلى معناه الحقيقى وإن الأخبار التى يعتمد عليها الفريق الأول أخبار ضعاف فى نظر من اقتصروا فى معنى الدخول على الحقيقى دون سواه .

الأمر الثانى — الذى كان موضع خلاف الفقهاء هو أنه إذا حصل

دخول بامرأة من غير عقد ، أيحرم من يحرمه العقد ، ويحرم من يحرمه الدخول فى عقد صحيح ؟ لقد اتفق الفقهاء على أن الدخول بغير عقد كالدخول بعقد صحيح ، إن كان الدخول حلالا فى أصله كالدخول بملك اليمين ، أو كان حراماً فى ذاته ، ولكن وجدت شبهة أسقطت الحد ، ومحت وصف الجريمة ، ولم يعتبر زنى كالدخول فى بعض الأنكحة الفاسدة ، أو الوطء بشبهة ، ويعتبر الدخول فى هذه أيضاً كالعقد يحرم ما يحرمه .

وإنما موضع الخلاف هو الدخول الذى يعتبر زنى ، فهنا اختلف الشافعى، وأبو حنيفة وغيرهم ، فالشافعى يرى أنه لا يوجب تحريما كالعقد ، ولا الدخول فى عقد ، وأبو حنيفة والأوزاعى يعتبره محرماً لما يحرمه النكاح ، والدخول فى عقد صحيح ، وأما مالك فالمروى عنه فى الموطأ مثل قول الشافعى ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة إنه يحرم ، وسحنون يذهب إلى أن الصحيح عند مالك ما رواه الموطأ وهو الموافق لرأى الشافعى .

والأصل فى هذا أن أبا حنيفة اعتبر الأساس فى تحريم حرمة المصاهرة بسبب الدخول هو الدخول من غير قيد الحل ، فالعلة فى التحريم بسبب المصاهرة فى الدخول بملك اليمين هو مجرد الدخول من غير نظر إلى كونه حلالا ، وما دامت علة تحريم الأصل هى مجرد الدخول ، فالدخول الحرام الذى لم يدرأ فيه الحد قد تم فيه مناط التحريم ، فيكون التحريم ، ويرشح ذلك أن الدخول فى النكاح الفاسد حرام لاشك فى ذلك ، ومع ذلك إن وجدت شبهة قوية كان سبباً فى التحريم بالإجماع .

والشافعى يفرق بين الدخول الحلال ، والدخول الحرام ، وأمارة الحل والحرمة هو الحد ، فإن لم يوجد الحد كان الدخول حلالا أو كالحلال ، وإلا فهو حرام ، والدخول الحرام غير مثبت لحرمة المصاهرة ، لأنها نعمة ، والنعمة لا تكون بأمر قام الدليل على أنه حرام من غير شبهة ، ويقول رحمه الله فى التفريق بين دخول حلال ودخول حرام ، عند مناظرته للإمام محمد بن الحسن: «وطء حمدت به ، ووطء رجمت به ، فكيف يشتبهان !!» .

۱۰۳ — الحكمة فى التحريم بالمصاهرة: إن الشرائع السماوية قد وافقت الشريعة الإسلامية فى التحريم بسبب المصاهرة فكان هذا دليلا على أن ذلك التحريم مشتق من الفطرة الإنسانية ، إذ لم تختلف فيه الشرائع ، والحق أنه يتفق مع الطبع السليم ، فإن المرأة إذا اقترنت بالرجل صارت قطعة من نفسه، وصار هو قطعة منها ، « هن لباس لكم ، وأنتم لباس لهن » وإذا صارت جزءاً لا ينفصل من نفسه كان من منطق الزواج أن تكون أمها كأمه ، وابنتها كابنته ، فتحرم عليه أمها ، كما تحرم عليه أمه ، وتحرم عليه ابنته ، وتحرم هى على أبيه كما تحرم على أبيها ، إذ صار أبوه أباها أيضاً ، وتحرم على ابنه كما يحرم ابنها عليها ، وما باعدت الحق الشرائع التى تسمى أبا الزوجة أبا للزوج . وابنها ابناً له وأباه أباً لها . . . وما جاوز الناس فى عرفهم — الطبيعة والحق إذا أطلقوا هذه الأسماء .

وإنه لو أبيح للرجل أن يتزوج أم زوجته وابنتها . . . وهى تتزوج أباه وابنه لأدى ذلك إلى أن تقام الحجب ، وبذلك ينقطع الرجل عن أهله ، وتنقطع هى عن أهلها ، فيكون كلاهما فى وحشة لا تجد من يسرى عنها ، ولا من تبثه نفسها ، ولا يجد كذلك من يعاونه ، ويزيل همه ، ويلقى إليه بدخائل نفسه .

وأنه لو ساغ للأم أن تتزوج زوج ابنتها ، وللبنت أن تتزوج زوج أمها . . . لتقطعت الأرحام ، ولأوجس الأصل خيفة من فرعه ، وأوجس الفرع الخيفة من أصله ، وما بمثل ذلك تقام دعائم الأسر .

التحريم بالرضاع

۱۰٤ — هذا هو القسم الثالث من المحرمات على التأبيد ، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ، والمحرمات من الرضاع على ذلك شعب ثمان هى :

(ا) أمهاته اللاتى أرضعنه ، وبعبارة عامة أصوله من الرضاعة ، سواء أكن من جهة الأب ، أم من جهة الأم ، كأم من أرضعته ، وأم أبى من أرضعته ، وأم أبيه رضاعا ، والأب الرضاعى هو زوج الأم الرضاعية الذى كان سبب اللبن الذى رضع منه الطفل ، فإذا كانت امرأة متزوجة برجل أعقبت منه نسلا، فرضع طفل من لبن ذلك النسل ، فهو ابن للزوج ، ولو كانت وقت الإرضاع ليست زوجة لصاحب اللبن .

(ب) فروعه من الرضاع ، فتحرم عليه ابنته رضاعا ، وهى التى تكون قد رضعت من لبن كان هو سبب وجوده على ما بينا ، وابنة بنته من الرضاع ، وهى من أرضعتها ابنته الصلبية ، أو ابنته الرضاعية على ما ذكرنا .

(ح) فروع أبويه من الرضاع وإن نزلن ، سواء أكانت صلتهم من جهة الأب أم من جهة الأم ، فيشمل أخته الرضاعية التى أرضعتها أمه وفروعها ، ويشمل أخته التى رضعت من امرأة كانت زوجة لأبيه ، إذا رضعت من لبن كان أبوه سببه ، وفروعها كذلك .

(د) ويحرم فروع أجداده ، إذا انفصلن بدرجة واحدة سواء أكن جدوده أم من جهة الأم ، أم من جهة الأب كما بينا، وسواء أكانت فروعهم طريق الاتصال بينهم الأب ، أم الأم .

(ه) الأصول الرضاعية لزوجته ، فأمها التى أرضعتها تحرم عليه ، وجدتها كذلك سواء أكانت أم أمها رضاعاً أم أم أبيها ، وسواء أدخل بزوجته أم لم يدخل ، لأن الرضاع فى المصاهرة كالنسب فيها .

(و) فروع زوجته من الرضاع إن دخل بزوجته ، فتحرم عليه ابنتها ، رضاعا ، وحفيدتها رضاعا ، سواء أكانت طريقها البنت ، أم كان طريقها الابن .

(ز) زوجة أصله الرضاعى ، وأصله الرضاعى هو من كان أبا لمن أرضعته أو كان سبب اللبن الذى رضع منه .

(ح) زوجة فرعه ، فتحرم عليه زوجة ابنه الرضاعى، وهو الذى رضع من لبن كان هو سببه ، كما يحرم عليه زوجة ابن بنته الرضاعى ، ويشمل ابن بنته الصلبية أو الرضاعية . . وهكذا .

١٠٥ – ولقد ثبت التحريم بالرضاع بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب ، فقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة » وهذه نص فى تحريم الأصول ، والأخوات ، ولم تتعرض بنصها لغير هؤلاء وقد فهم بعض المفسرين من هذه تحريم الباقى من المحرمات، وذلك لأنه تعالى لما سمى المرضع أما وابنة المرضع أختاً ، فقد نبه بذلك على أنه تعالى أجرى الرضاع مجرى النسب ، فيفهم الباقى بدلالة النص أو فحوى الخطاب ، إذ كيف يحرم عليه أصوله رضاعا ، وتحل له ابنة بنته رضاعا ، وكيف تحرم عليه أخته رضاعا وتحل له ابنتها ، وكيف تحرم عليه من التقت معه على ثدى أمه ، وتحل له أخت أمه رضاعا ، بل كيف تحل له هذه ، وقد حرمت ابنة أخته . والعلاقة واحدة ؟ .

ولقد كان الاقتصار على ذكر الأمهات والأخوات مشيراً إلى الباقى ، لأن المحرمات بالنسب قسمان : قسم أولاد وهو ما كانت الصلة فيه من عمود النسب ، وقسم الحواشى ، وهو ما كان غير ذلك ، فذكر من كل قسم ما يشير إلى سائره . أو يدل عليه بدلالة الأولى : فذكر من عمود النسب الأمهات ، ومن الحواشى الأخوات ، وكان فى العبارة من التنبيه ـ ما يجعل العقل يحكم على الباقى بالتحريم إذ سمى المرضع أماً ، وأولادها أخوات ، وكان ذلك موجهاً العقل لأن يحكم فى الباقى ، وذلك من الإيجاز المعجز والبيان المحكم .

ولقد جاءت السنة بعد ذلك مجلية ، مؤكدة ذلك المعنى ؛ فقد روى أنه ﷺ لما طلب إليه أن يتزوج ابنة عمه حمزة قال : « إنها لا تحل لى ، إنها ابنة أخى من الرضاعة ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » ، وروى أن عائشة

كانت قد رضعت من امرأة أبي القعيس من ولادة منسوبة إليه ، فجاء أفلح أخوه يستأذن عليها ، فلم تأذن له ، وقالت : إنما أرضعتنى امرأة أخيه ، فلا آذن له ، حتى أستأذن رسول الله ﷺ ، فلما ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ قال : إيذنى له ، فإنه عمك تربت يداك » .

١٠٦ — يتبين مما تقدم أن من يحرم من النسب يحرم من الرضاع ، وإن المصاهرة الرضاعية ، كالمصاهرة النسبية ، وفى الجملة : كل علاقة بسبب النسب أوجدت تحريماً ، فمثل هذه العلاقة إذا كانت رضاعاً توجب التحريم أيضاً .

بيد أنه توجد أحوال تثبت مع النسب علاقة ، ولا تثبت فى الرضاع أى علاقة ، وفى هذه الحال لا يكون تحريم ، لأنه لم توجد رابطة رضاع أو مصاهرة .

ومن ذلك — الصورة الآتية :

(ا) أخت الابن من الرضاع ، فإنه لا علاقة تربطها بالأب ، بينما توجد هذه العلاقة حتما فى أخت الابن النسبي ، لأنها إما أن تكون ابنته ، أو ابنة زوجته المدخول بها ، وكلتاهما حرام عليه ، ولذلك تحرم أخت الابن أو البنت نسباً لهذه العلاقة . ولا تحرم أخت الابن أو البنت رضاعاً ، لعدم وجود أى علاقة .

(ب) أم أخته أو أخيه رضاعا لا تربطهما به علاقة ، ولذلك لا تحرم بينما نظيرتها فى النسب ، وهى أم أخيه أو أخته نسباً تكون حراماً عليه ، لأنها زوجة أبيه أو من دخل بها أبوه ، فلا تحل له لهذه العلاقة المحرمة .

(حـ) جدة ابنه أو بنته رضاعا لا تحرم عليه ، لعدم وجود علاقة تربطها بها ، بينما جدة ابنه أو بنته نسباً تحرم عليه لوجود هذه العلاقة ، لأنها من أمهات زوجته فتحرم عليه لهذه العلاقة .

وأخت أخيه رضاعاً لا تحرم عليه لعدم العلاقة ، وكذلك أخت أخيه

نسباً لا تحرم إذا لم تكن علاقة . كأن يكونا أخوين لأب ، ولأحدهما أخت لأمه ، أو أخوين لأم ، ولأحدهما أخت لأبيه ، فإنه لا علاقة بينه وبين أخت أخيه فى هذين المثالين ، فلا يوجد تحريم ، لعدم وجود سببه .

١٠٧ — وقبل أن نبين المقدار المحرم من الرضاع ، وحكمة التحريم نذكر أمرين فى الرضاع اختلف الفقهاء فى كونهما من أسباب التحريم فيه ، (أولها) التحريم من جانب الرجل بالرضاع أى اعتبار صلة الرضاع محرمة بين الرضيع وصاحب اللبن . (وثانيهما) مسألة كون الرضاع موجباً للمصاهرة المحرمة ، كما أوجب النسب ، كأم زوجته رضاعاً ، وفرعها رضاعاً من غيره وهكذا .

أما المسألة الأولى ، وهى مسألة نسبة اللبن إلى الرجل ، وكونه محرما ، فقد قرر جمهور الفقهاء أنه يحرم ، فإذا أرضعت الأم طفلا بلبن جاءها بسبب حمل من رجل حرمت تلك الطفلة على أقاربه ، فتحرم على أخيه باعتبارها ابنة أخيه ، وتعتبر أختاً لأولاد الرجل النسبيين . . وهكذا . . وتسمى مسألة لبن الفحل ، وقد روى عن أحمد بن حنبل فى تفسير كلمة لبن الفحل ، وكونه سبباً للتحرم ما نصه « لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذا صبياً لا تزوج هذه من هذا » .

ولقد تبع جمهور الفقهاء فى هذا جمهور الصحابة والتابعين ، ولقد خالف فى هذا بعض التابعين ، منهم سعيد بن المسيب ، وعطاء بن يسار ، والنخعى ، وتبعهم الشافعى فى أحد قوليه ، فأولئك لا يوجبون التحريم بسببه ، وحجتهم

(ا) أن سبب التحريم بالنسبة للرجل غير قائم ، لأن المرضع إذا أرضعت الولد ، فقد أخذ جزءا منها ، إذ تتكون لحمه وعظامه من لبنها ، فكان حقاً أن يكون ولدها ، وتحرم عليه بسبب هذه الصلة ، أما الرجل الذى كان منه الحمل الذى أوجد اللبن ، فلا صلة بينه وبين الولد ، إذ لم يتكون منه عظم ، ولا لحم .

(ب) وأن الله سبحانه وتعالى عندما أثبت التحريم الموجب للرضاعة أثبت

ما هو من قبل الأم ، ولم يذكر صلة الرجل ، فقد قال تعالى : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » ولم يذكر فروعا للرجل ، فكان ذلك التفريق فى البيان مقرراً التفريق الطبعى الذى قررناه .

(حـ) وقد روى عن بعض الصحابة أنهم يرون أن الرضاعة لا توجب شيئاً من قبل الرجل .

وحجة الجمهور فى إثبات التحريم :

(ا) حديث عائشة الذى سبق بيانه فى أدلة التحريم بالرضاع ، وروى البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن رجل له امرأتان ، فأرضعت هذه غلاماً ، وهذه جارية ، هل يصح للغلام أن يتزوج الجارية ، فقال : « لا ، اللقاح واحد » فكان بين الغلام والجارية علاقة أخوة بسبب هذا اللقاح » .

(ب) « وحديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يدخل فيه الأب ، وكل من يتصل به ، لأنه أثبت أن المحرمات من الرضاع هن المحرمات من النسب جملة تفصيلا . .

أما المسألة الثانية ، وهى إثبات المصاهرة المحرمة بالرضاع ، كما ثبت بالنسب فقد خالف فيها بعض فقهاء المذهب الحنبلى ، وما ذكرناه هو رأى جمهور الفقهاء على العموم ، وقد روى ابن القيم فى زاد المعاد ، عن شيخه ابن تيمية أنه توقف ، وذكر حججه فى توقفه ، ومنها أن الآية الواردة فى التحريم بسبب الرضاعة ، والأحاديث المبينة لذلك ، لم تذكر المصاهرة قط ، والمعانى التى تكون فى النسب ، وتثبت حرمة المصاهرة بسببها لا توجد فى الرضاع ، فلا يمكن أن يقاس التحريم فى المصاهرة بالرضاع على المصاهرة فى النسب ، إذ هناك فوارق عظيمة ، لطبيعة ما بين النسب والرضاع من تباين ، وأحكام الشرع تقرر هذا التباين . ثم قال ما نصه : « والعلاقة بين الناس بالنسب والصهر ، وهما سبب التحريم ، والرضاع فرع على النسب ، ولا تعقل المصاهرة إلا بين الإنسان . . . وإذا حرمت عليه أمه ، وبنته ، وأخته ،

وعمته ، وخالته من الرضاعة ، لم يلزم أن تحرم عليه أم امرأته التى أرضعتها ، فإنه لا نسب بينه وبينها ولا مصاهرة ، ولا رضاع ، والرضاعة إذا جعلت كالنسب فى حكم لا يلزم أن تكون مثله فى كل حكم . بل ما افترقافيه من الأحكام أضعاف ما اجتمعا فيه ، فثبوت أحكام النسب من وجه لا يستلزم ثبوتها من كل وجه ، ومما يدل على ذلك قوله تعالى : وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم، ومعلوم أن لفظ الابن إذا أطلق لم يدخل فيه ابن الرضاع، فكيف إذا قيد بكونه ابن الصلب وقصد إخراج ابن التبنى بهذا لا يمنع إخراج ابن الرضاع[1] .

ومن هذا يتبين أن رأى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن لا مصاهرة بالرضاع توجب تحريماً ، لأن المصاهرة لا تكون إلا مع النسب ، ولأن التحريم بسبب المصاهرة ثبت من قرابة الرجل والمرأة ، حتى لا يكون ما يؤدى إلى قطع الرحم ، فتحريم قريبات المرأة من أصول وفروع ، حتى لا تقطع الرحم بينهن ، وتحريم الأقارب على زوجات أصولهم وفروعهم ، حتى لا تقطع الرحم بين الآباء والأبناء ، ولا رحم فى الرضاعة يخشى عليها ، ولا نص ولا قياس يجعل أقارب المرأة رضاعاً كأقاربها نسباً ، وإذا كان الشأن كذلك فالحل هو الثابت بعموم قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

١٠٨ — مقدار الرضاعة المحرمة ووقتها : قال أبو حنيفة وأصحابه أن الرضاع المحرم ليس له قدر معلوم . فكل مقدار يحرم قليلا كان أو كثيرا ،

---

(١) يبدو لنا أن نظر ابن تيمية وتلميذه له وجهه لذا تلونا قوله تعالى : «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم، وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ، وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ، وأمهات نسائكم ، وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ؛ فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم،وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » فترى أن الله سبحانه وتعالى ساق المحرمات بالنسب ؛ ثم ساق المحرمات بالرضاعة رابطاً بينهن وبين النسبيات ثم المحرمات بالمصاهرة ، ولم يعبر بعدها للرضاعة ؛ والمصاهرة لا تصرف إلا إلى ما كان النسب سببها، ولو كانت الرضاعة تثبت مصاهرة لعقب التحريم بالمصاهرة بها أو أشار إليها بعدها .

ولو كان مصة أو مصتين لأن النصوص الواردة بالتحريم بسبب الرضاع لم تذكر مقداراً قليلا أو كثيراً . فالآية « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » تشمل القليل والكثير . وقوله ﷺ «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» يشمل أيضاً القليل والكثير ويروى أنه قد جاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعت اثنين عقد عليهما ففرق النبى ﷺ بينهما من غير أن يسأل عن عدد الرضعات ولو كان التحريم منوطاً بعدد ـ ما فرق النبى بين عاقدين من غير أن يتحراه وأيضاً فإن التحريم كما فى النصوص سببه مجرد الإرضاع ، فحيثما ثبت ذلك وجد الحكم ، والحكمة فى التحريم بالإرضاع أن الرضيع يصير كالجزء ممن أرضعته ، إذ يدخل لبنها فى تكوينه . وذلك يتم بالقليل والكثير .

١٠٩ — ومذهب الحنفية فى هذا هو مذهب مالك والأوزاعى والثورى وحماد وطائفة كبيرة من التابعين والصحابة ، وقالت طائفة أخرى إن التحريم لا يثبت بأقل من ثلاث رضعات ، وقالت ثالثة : لا يثبت بأقل من خمس رضعات مشبعات ، وهو مذهب الشافعى ، وقيل لا يحرم أقل من سبع ، وقيل أقل من عشر .

وأساس هذا التقدير نصوص واردة فهموها ، فالذين قدروا ثلاث رضعات ، ساقوا أخباراً ، منها ما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « لا تحرم الإملاجة والإملاجتان ، وروى أن رجلا سأل النبى ﷺ وقال : يارسول الله هل تحرم الرضعة الواحدة ؟ قال : لا ، وإذا انتفى التحريم عن الرضعتين فقد استمر ثابتاً فى الزائد ، فكان الحد الأدنى هو ثلاث رضعات ، فلا يحرم ما دونها .

والذين حدوا بالسبع ، وكذلك من حدوا بالعشر . تعلقوا بأخبار لم يثبت صحتها عند مخالفيهم ، أو تعيينها للمراد .

أما الذين حدوا العدد بالخمس ، وهم الشافعية ، والحنابلة فى أرجح الأقوال عندهم ، فقد احتجوا : (أولا) بما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « كان فيما نزل عشر رضعات يحرمن حتى صرن إلى خمس » وقد صححوه .

(ثانياً) وبأن علة التحريم كون الإرضاع منبتاً للحم ، ومنشزاً للعظم ، وذلك لا يكون إلا برضاع يوم كامل على الأقل ، ولا يكون بما دون خمس رضعات مشبعات .

وقد اختار ذلك الرأى ابن القيم فى زاد المعاد . ووصححه وفسر الرضعة، فقال : « الرضعة فعلة من الرضاع ، فهى مرة منه .. فمتى التقم الثدى فامتص منه ، ثم تركه باختياره من غير عارض كان ذلك رضعة ، لأن الشرع ورد بذلك مطلقاً ، فحمل على العرف ، والعرف هذا ، والقطع بعارض التنفس ، أو استراحة يسيرة ، أو لشىء يلهيه ، ثم يعود إليه عن قرب لا يخرجها عن كونها رضعة واحدة ، كما أن الآكل إذا قطع أكلته بذلك ، ثم عاد من قريب لم يكن ذلك ، أكلتين ، بل أكلة واحدة » .

١١٠ — ووقت الرضاعة المحرمة هو الصغر عند جمهور الفقهاء ، وخالفهم فى ذلك عدد قليل من الفقهاء، وحجة الجمهور فيما ارتأوا: (أولا) أنه ورد من الآثار الصحاح ما يفيد تعيين وقت الرضاع ، فقد ورد أن النبى ﷺ قال : « إنما الرضاعة من المجاعة » أى أن الرضاع المحرم هو الذى يدفع إليه الجوع ، وهذا لا يكون إلا فى الصغر ، إذ لبن المرأة لا يكون غذاء نافعاً للجوع كافياً فى الجملة إلا فى الصغر ، وروى أنه قال : « الرضاع مافتق الأمعاء وذلك لا يكون إلا فى الصغر ، إذ أن أمعاء الكبير متفتقة لا تحتاج إلى لبن يفتحها ، وقد روى أن النبى ﷺ قال : « لارضاع إلا ما كان فى الحولين» . (ثانياً) وأن إنبات اللحم ، وإنشاز العظم الذى يجعل الطفل جزءاً ممن أرضعته ، إنما يكون فى الصغر .

وقد حد أبو حنيفة مدة الرضاعة بسنتين ونصف ، أى بثلاثين شهراً ، وحد الصاحبان والشافعى ومالك مدة الرضاع بحولين كاملين ، وذلك لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة» وللحديث السابق .

واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً فكانت هذه

أقل مدة يفصل بعدها الابن ، ويبتدى يستقل بغذاء مستقل ليس من لبن أمه ، وليس المراد من الحمل ما يكون فى البطن على اليقين ، بل يحتمل الحمل على الذراع والحجر ، وإذا كان كذلك فمدة الثلاثين شهراً بعد الولادة هى التى بعدها يكون الفطام بيقين من غير احتمال ، وإن اللفظ إذا كان يحتمل أن تكون مدة الثلاثين تشمل الحمل فى البطن ، كما يحتمل أن يكون الحمل هو ما بعد الولادة فإن التحريم يحتاط له ، فيؤخذ بالاحتمال الذى يوسع مداه ، وخصوصاً أن الأصل الثابت فى الرضاع هو التحريم غير المقيد ، فلا يقيد إلا بأمر يقينى ، والحد بسنتين إنما هو لأخذ الأم أجرة على الرضاع ، وبعدها إن أرضعت تكون متبرعة ، ولا يلزم الأب بأجرة ولكن لا يمنع ذلك من التحريم الذى يحتاط له ، وهو الأصل .

١١١ — هذان هما القولان المشهوران ، وهناك أقوال أخرى كثيرة ، منها قول زفر الذى يعتبر مدة التحريم سنة بعد الفطام فى الحولين للاحتياط ، إذ الأساس هو الاستغناء عن اللبن ، ولا ينقلب مستغنياً بمجرد انتهاء الحولين أو الفطام فيهما ، بل لا بد من فترة ينتقل فيها من غذاء إلى غذاء ، وقدرها للاحتياط بسنة .

وقال الأوزاعى إن الصغر يحده الفطام التام ، من غير أمد معلوم ، لأنه الحد الفاصل بين الاستغناء وعدم الاستغناء ، فقد يعجل الفطام لنمائه ، وقد يؤخر لضعفه ، ولكل طفل حال من النماء والضعف ويختلف به أمد الحاجة إلى لبن المرأة وكانت هذه الحالة فى مناط الصغر .

١١٢ — هذا كلام الجمهور فى الرضاعة المحرمة ومقدار مدتها ، وأقوال الزيدية فى هذا لا تخرج عن أقوال الجمهور ، الإمامية فقد قالوا إن مقدار الرضاعة المحرمة تكون يوماً وليلة يقتصر فيها على الغذاء من المرضع ، أو خمس عشرة مرة لم يرضع بينها من أخرى أو يثبت أن الرضاعة أنبتت اللحم وأنشزت العظم . ولا بد أن تكون الرضاعة فى مدة الرضاعة وهى سنتان ،

وأولاد المرضعة ولادة يحرمون على كل من ترضعهم ، ولو كانوا من رجال مختلفين ، واللبن يختلف باختلاف أصله . أما الأولاد الرضاعيون فلا يحرمون إلا إذا كانوا جميعاً يرضعون من لبن سببه رجل واحد ، فلو أرضعت طفلا من لبن رجل ، وأرضعت أخرى من لبن رجل آخر فإنها تحل له عندهم.

١١٣ — حكمة التحريم بالرضاع : انفردت الشريعة الإسلامية من بين الشرائع السماوية القائمة الآن بجعل الرضاع سبباً من أسباب التحريم ، وإن لذلك أسباباً قوية موجبة لهذا التحريم منها :

(ا) أن المرضع التي ترضع الولد ، إنما تغذوه بجزء من جسمها ، فتدخل أجزاؤها في تكوينه ، ويكون جزءا منها ، وإن الحس ، والطب يثبتان ذلك ، فإن لبنها در من دمها ، ينبت لحم الطفل ، وينشز عظمه ، وإذا كان دمها ملوثاً بمرض مستكن فيه سرت عدواه إلى الطفل ، وإن كانت نقية الدم سليمة قوية استفاد الطفل منها قوة ونماء .

وإذا كان الطفل جزءا منها ، فهي كالأم النسبية ، بيد أن هذه غذته بدمها في بطنها ، وتلك غذته بدمها بعد وضعه ، فإذا كانت الأم النسبية محرمة على التأبيد وبعض من يتصل بها محرمات عليه ، فكذلك الأم الرضاعية . هذا أمر بديهي مشتق من الحس وكلام أهل الخبرة .

(ب) وإن المرضع تندمج في الأسرة التي ترضع أحد أولادها ، فتكون من آحادها ، كما يكون الطفل في بيت مرضعته مندمجاً في أسرتها ، فيكون ذلك التشابك الذي يجعل أسرته أسرتها ، وأسرتها أسرته أيضاً ، وإذا كانت العلاقة التي تكون من هذا النوع في النسب موجبة للتحريم في كثير من الأحوال ، فينبغي أن تكون كذلك الرضاعة في هذه الأحوال

(حـ) وهناك فائدة للتحريم بالرضاعة قد ذكرها بعض كتاب الفرنجة المسيحيين الذين أعجبوا بنظام الإسلام في الرضاع ، وهي التشجيع على الإرضاع إحياء للأطفال الذين ليست لهم أمهات يرضعنهم ، فإن المرضع

إذا علمت أنها فى الشريعة أم ، لها ما للأم من إجلال وتقديس ، ولذا تحرم على الولد ، كما تحرم عليه أمه ، فإنها تقدم على الإرضاع من غير غضاضة ، وقد يكثر بذلك النسل .

فقد قال فى ذلك كاتب أوربى . « قد استوحى فقهاء المسلمين تلك الحقيقة ، (وهى تقرير صلة بين الولد والمرضع) مما جاء على لسان نبيهم « تناكحوا تناسلوا تكاثروا » ، فاحتاطوا كل الاحتياط لذلك الغرض الأسمى الذى هو الحياة الإنسانية... وهذا هو السر فى أن الإسلام أعطى المرضع هذه المكانة ، لأنها جادت بلبنها ، فساهمت فى تنفيذ الوصية الربانية . . . وهذا هو السر أيضاً فى أن الإسلام رفع شأن الحامل ... ولقد جعل الاسلام للمرضع تلك المكانة ولو كانت غير مسلمة ، يهودية أو نصرانية ، وإنها لمكانة سامية تجعلها فى الأسرة فى المكان التالى للأم » .

المحرمات تحريماً مؤقتاً

١١٤ — ذكرنا أن المحرمات تحريماً مؤقتاً هن اللاتى كان سبب التحريم فيهن يقبل الزوال فيزول التحريم بزواله ، والتحريم على التأقيت يكون فى سبع أحوال هى : (١) الجمع بين المحارم . (٢) المطلقة ثلاثا على مطلقها ، حتى تتزوج زوجاً غيره ، ويدخل بها ، ثم يطلقها وتنتهى عدتها . (٣) زواج خامسة ، وعنده أربع فى عصمته ، ولو كان حكما (٤) تزوج الأمة ، وعنده حرة . (٥) زوجة غيره ، والمعتدة من غيره . (٦) والملاعنة ممن لاعنها . حتى يكذب نفسه (٧) من لا تدين بدين سماوى .

١١٥ — (١) الجمع بين محرمين : المراد من المحرمين كل امرأتين بينهما علاقة محرمة بحيث لو فرضت إحداهما ذكراً حرمت عليه الأخرى ، فلا يصح الجمع بين أختين ، ولا يصح الجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها . فإن أى واحدة منهما لو فرضت ذكراً كانت الأخرى حراماً ،

فإن فرضت البنت ذكراً حرمت عليه الخالة والعمة ، وإن فرضت الأخرى ذكراً حرمت عليه الخالة العمة . وإن فرضت الأخرى ذكراً حرمت عليه ابنة أخيه وابنة أخته.وترى من هذا أن الشرط فى تحقق المحرمية المانعة للجمع أن يكون فى الإمكان فرض كل واحدة منهما ذكراً وألا تحل له عند هذا الفرض ، لذلك قال أبو حنيفة والصاحبان : لا يحرم الجمع بين المرأة وزوجة أبيها ، لعدم إمكان فرض زوجة الأب ذكراً لأنه فى هذه الحال لا يمكن اعتبارها مع هذا الفرض زوجة أب ، ومثل ذلك لا يحرم الجمع بين المرأة وزوجة ابنها ، لعدم إمكان فرض زوجة الابن ذكراً .

وخالف فى هذا زفر ، واكتفى فى تحقيق المحرمية بأنه إذا أمكن فرض كلتيهما ذكراً حرمت الأخرى ، ولا يشترط إمكان فرض كلتيهما ذكراً ولذلك قرر عدم الجمع بين المرأة وزوجة أبيها لأن هذه المرأة لو فرضت ذكرا حرمت عليها زوجة الأب .

وإن كلام زفر فيه نظر ، لأن علة منع الجمع بين المحارم هو خشية القطيعة بينهم إذا كانت إحداهما ضرة ، وهذا المعنى لا يثبت بين المرأة وزوجة أبيها لأنه لا رحم بينهما يخشى قطعها ، وقد نقل جواز الجمع بينهما عن السلف الصالح ، وكما يحرم الجمع بين محرمين حال قيام الزوجية يحرم الجمع بينهما إذا كانت إحداهما معتدة ، فإذا طلق الرجل امرأته ، فليس له أن يتزوج عمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها إلا بعد انتهاء العدة ، لبقاء بعض أحكام الزواج فى العدة .

وقد ثبت تحريم الجمع بين محرمين بالكتاب والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى فى آية المحرمات « وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف »[1] وهذه الآية تفيد بنصها حرمة الجمع بين الأختين ، وتفيد بمعناها

---

(١) معنى إلا ما قد سلف أن ما كان منكم فى الجاهلية لم يدركه الإسلام هو فى موضع العفو لا يحاسبكم الله تعالى عليه فى الاسلام .

حرمة الجمع بين سائر المحارم ، وذلك لأنه إذا كان الجمع بين الأختين حراما خشية إيحاش قلبهما بالعداوة بينهما ، فأولى أن يحرم الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها لأن كلتيهما بمنزلة الأم والرحم بينهما قريبة الصلة .

وأما الحديث فقوله ﷺ فيما رواه أبو هريرة : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا المرأة على ابنة أخيها ولا ابنة أختها ، وزاد فى بعض الروايات إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » .

وعلى هذا النظر الزيدية فهم مع الجمهور ، والإمامية والخوارج لم يأخذوا بهذا الحديث ، ولذا يجوز الجمع عندهم ويقرر الإمامية أن العمة يجوز الجمع بينها وبين بنت أخيها إذا كان ذلك بإذن العمة . وكذا الجمع بين الخالة وبنت الأخت بإذن الخالة .

وقد انعقد إجماع العلماء على تحريم الجمع بين الأختين ، والجمع بين الباقيات من المحارم ، ولم يخالف فى الأخير إلا من لا يؤبد لقوله ، وهم بعض الخوارج فقد جوزوا الجمع بين المحارم غير الأختين وقوفاً عند نص الآية وحدها .

والمعنى فى التحريم واضح : لأن الجمع عمل على قطع الأرحام التى أمر الله سبحانه وتعالى أن توصل ، وكيف يتصور أن شريعة تعمل على ربط آحاد الأسرة بعرا المودة تجيز الرجل أن يتزوج ابنة الأخ على عمتها ، فتكون ضرة لها وتثور نيران الغيرة التى تدفع إلى أشد الإيذاء بالكيد بالقول والفعل .

١١٦ — والجمع بين المحارم ممنوع ، سواء أكانت المحرمية سببها النسب ، أم كان سببها الرضاع عند جمهور الفقهاء وقد خالف فى ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، فأجاز الجمع بين المحارم رضاعا ، لعدم ورود نص بالتحريم ، ولأن النصوص الواردة فى تحريم الجمع إنما هى فيما إذا كانت الصلات نسبية ، إذ ذلك هو المفهوم عند الإطلاق ، ولأن المعنى الذى كان من أجله التحريم لا يتحقق فى الرضاع . إذ المعنى الذى كان من أجله التحريم هو أن الجمع فيه قطع الأرحام . كما قال النبى ﷺ : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم »

ولا رحم يوجدها الرضاع ، حتى تقطع ، بدليل أن الصلات الرضاعية لاتوجب نفقة ، ولا ميراثاً ، ولاشيئاً غير التحريم ، فيقتصر على مورد النص ، وما فى معناه .

وقد قررنا أن الجمع بين المحارم ممنوع فى النكاح ، وفى العدة ، فإذا طلق شخص امرأة ، فلا يجوز أن يتزوج أختها حتى تنتهى عدتها ، وهذا مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، ومذهب الشافعى فيه بعض التفصيل ، وذلك أنه إذا كانت العدة من طلاق رجعى ، فلا يصح الجمع فيها ، لأن النكاح قائم ، إذ له حق الرجعة فى أى وقت ، وإذا كان الطلاق بائناً فإنه يجوز الجمع ، لأن عقد الزواج قد بت ولذا لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين ، وعلى هذا لايوجد الجمع المنهى عنه ، إذ الجمع يقتضى أن تكون كل واحدة منها ذات عقد قائم مع الرجل ، وهنا إحداهما قد انتهى عقدها ، وزال ملك كل منهما عن صاحبه .

وحجة الحنفية أن العقد فى أثناء العدة باق حكما ، إذ لها النفقة . فإذا تزوج أختها فقد جمع بينهما ، ودخل فى عموم النهى . وإن علة التحريم ، وهى خشية القطيعة ثابتة فى حال العدة بمثل ثبوتها فى حال النكاح أو أشد . إذ أن المسارعة بتزوج الأخت أو غيرها من المحارم فى وقت حدة الفراق يكون أشد ألماً ، وهو يدل على تدبير سابق ، فينشىء جرحاً لايندمل أبداً ، والجمع بين المحارم كما يمنع بالزواج يمنع بالوطء بملك اليمين .

١١٧ — وإذا تزوج امرأة ، وفى عصمته ذات رحم محرم لها ، فزواج الثانية غير صحيح ، ولو تزوج المحرمين معاً فى صيغة واحدة لم يصح نكاحهما ، لأنه لا يمكن ترجيح عقد إحداهما بالصحة ، إذ لا سبق بينهما ، فيكون العقدان فاسدين . وتجب المتاركة ، وهذا إذا كان كلا العقدين مستوفياً لكل الشروط ماعدا هذا . أما إذا كان أحدهما فيه خلل من غير هذا الطريق ، فإن الآخر يكون الصحيح إذ وجد المرجح لأحدهما على الآخر .

وتجب المتاركة أي يتركهما ويتركانه إذا فسد العقدان، وإذا كانت المتاركة قبل الدخول فلا مهر ولا عدة لواحدة منهما . لأن النكاح غير الصحيح لا أثر له قبل الدخول ، فإن حصل دخول ، فالأثر الشرعي يثبت بالدخول مع وجود الشبهة ، وعلى ذلك إذا دخل بواحدة منهما ثبتت لها العدة ، ووجب لها مهر المثل على ألا يزيد على المسمى ، لأن الدخول في دار الإسلام لا يخلو من عقر أو عقر أي لا يخلو من مهر أو حد ، أي عقوبة الزنى ، وإن دخل بهما وجب لهما المهر أي يثبت لكل واحدة منهما مهر مثلها لا يزيد على المسمى لها .

وإن تزوجهما في عقدين ، ولا يدرى أيتهما كانت الأولى حتى يصح نكاحها ويفسد نكاح الأخرى ، فإنه يفرق بينهما معاً ، لأن نكاح إحداهما فاسد بيقين ولا يدرى ، فيفرق بينهما وبينه ، للشبهة بالنسبة لكلتيهما ، وعدم حلهما مجتمعين وإن دخل بهما وجب لكل واحدة مهر المثل لا يزيد عن المسمى ، وإن كانت الفرقة قبل الدخول ، وكلتاهما تدعى أن زواجها الأول من غير حجة مثبتة يقضى لهما بنصف المهر، ويكون بينهما ، وعن أبي يوسف لا شيء لهما ؛ وإن كانت كلتاهما تقول لا أدرى أينا أسبق ، فلا شيء لهما من المهر ، وإن كانت المتاركة قبل الدخول، لكون المدعية زواجاً صحيحاً مجهولة والحقيقة مجهولة .

١١٨ — (٢) المطلقة ثلاثاً حتى تتزوج زوجاً غيره : أباح الإسلام للرجل الطلاق في دوائر عينها ، ومنها أنه أباحه له مرتين ، له أن يراجعها بعد كل واحدة منهما في العدة ، وأن يعقد عليها إذا كانت العدة قد انتهت ولم يراجعها، فإن فعل في أي الحالين، فرجع قبل انتهاء العدة أو عقد عقداً جديداً بعدها ، فمعنى ذلك أنه قد ندم على الطلاق ، وأنه يرجو أن تحسن العشرة بينهما ، فإن طلقها بعد هاتين المرتين ، فمعنى ذلك أن العشرة الزوجية بينهما لا يمكن أن تستقر ، وأن يضمن كل منهما مع صاحبه ، فكان حكم الشرع ألا

تعود إليه . ولكنها إذا تزوجت زوجا آخر ، وعاشرته مدة طالت أو قصرت ، ثم طلقها لأمر من الأمور التى تعرض ، فتمنع استمرار الحياة الزوجيه هادئة مطمئنة ، أو مات عنها وانتهت عدتها ، فى هذه الحال تحل لمطلقها الأول ، إن طلبها ؛ لأنه عسى أن يكون الانقطاع لغير أوبة أثر فى نفسه فيهذبها ، إن كانت الإساءة من جانبه . وعسى أن عشرتها لغيره جعلتها تعرف قيمة الحياة الزوجية معه ، فتحسن معاملته إن كانت الإساءة من جانبها وفى الجملة يرجى لهذه الحياة الجديدة شىء من القرار والاطمئنان بعد الاضطراب فيما قبلها ؛ ولذلك قال الله سبحانه وتعالى بعد بيان جواز الرجوع بعد الطلاق فى المرتين الأوليين : « فإن طلقها ، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » ولا يكفى النكاح والطلاق كما قررنا . بل لا بد من الدخول ، وأن يكون النكاح غير مؤقت ، وأن تنتهى العدة بعد الدخول، ولقد قال النبى ﷺ لمن أرادت أن ترجع إلى مطلقها ثلاثاً بعد أن تزوجها آخر ، وطلقها قبل الدخول : « لا حتى تذوقى عسيلته ، ويذوق عسيلتك » وهذا مذهب الجمهور ، ويذكر فخر الدين الرازى أنه خالف فى ذلك سعيد ابن المسيب ، وسعيد بن جبير ، ولم يشترطا الدخول .

١١٩ — (٣) زواج خامسة وفى عصمته أربع : إذا كان الرجل متزوجا أربعاً من النساء ، فليس له أن يتزوج خامسة ، حتى يفترق عن إحداهن ، وتنتهى عدتها فلا يجمع بين خمس أو أكثر من النكاح ؛ لأن الإسلام لم يبح الجمع بين أكثر من أربع ، والجمع فى العدة كالجمع فى النكاح ؛ لأن العدة توجب قيام حكم الفراش ، وإذا كان الفراش قائما . فالنكاح قائم حكما ، وعلى ذلك إذا تزوج خامسة ، وبعض الأربع أو كلهن فى العدة ، فقد جمع فى عصمته حكما خمساً ، وذلك لا يجوز .

وقد خالف الشافعى فى العدة من طلاق بائن ، فأجاز تزوج خامسة إذا

كانت إحدى الأربع تعتد من طلاق بائن . كما أجاز الجمع بين المحارم فى عدة البائن : لأنه يعتبر النكاح قد بت ، وانتهى بالطلاق البائن . ولو كانت لاتزال فى العدة .

ولكن رأى الجمهور هو ماقررناه من عدم الجمع نكاحاً وعدة .

١٢٠ — وعدم جواز الجمع بين أكثر من أربع هو رأى جمهور الفقهاء ، ولم يخالفهم إلا من لا يعتد بخلافه عند جماعة المسلمين .

وقد خرج أولئك الشذاذ بثلاثة أقوال :

أولها — أن بعضهم ادعى أن الإسلام يبيح التعدد إلى عدد غير محدود ، وزعموا أن قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » لايفيد التقيد بعدد محدود ، بل هى تفيد الإباحة المطلقة فى العدد . وأن مثنى وثلاث ورباع ليست لتعيين العدد، بل هى كما يقول شخص لشخص افعل ماشئت اذهب إلى السوق ، أو الحديقة ، أو اشرب الكأس واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً — وقد حكى هذا القول فخر الدين الرازى فى تفسيره الكبير ، وسمى من قالوه « قوما سدى » أى ضائعين فى تفكيرهم .

ثانيها — قول بعض الشيعة : « إن الحل محدود بتسع ، وقد زعموا أن قوله تعالى : « مثنى وثلاث ورباع » يفيد ذلك ، إذ الواو تفيد الجمع، ومجموع هذه الأعداد تسع ، وزكوا ذلك الفهم بأن النبي ﷺ جمع بين تسع ، وقد نفى صاحب الروض النضير نسبة هذا القول إلى الشيعة .

ثالثها — قول بعض أهل الظاهر إن العدد الذى يباح هو ثمانى عشرة ، وقالوا إن معنى « مثنى وثلاث ورباع » اثنان اثنان وثلاث ثلاث ، وأربع وأربع ، وزعموا أن الواو للجمع ، فيكون المجموع ثمانى عشرة .

ولقد وصف القرطبي هذه الأقوال كلها بقوله : « وهذا كله جهل باللسان والسنة ، ومخالفة لإجماع الأئمة » وحجة الجمهور فى أن الآية تفيد التقيد بأربع :

(١) أن مثنى وثلاث ورباع معدولة عن اثنين وثلاث وأربع . وهذا اللفظ يكون للتكرار فمعنى جاءت الخيل مثنى جاءوا جماعات اثنين اثنين ، وجاءوا ثلاث أى جاءوا جماعات ثلاثاً ، ثلاثا ـ فمعنى الآية أن لجماعة العاقلين من الأمة أن يتزوجوا معددين جامعين اثنين ، أو جامعين ثلاثاً ، أو جامعين أربعاً ، ولم تزد الإباحة على ذلك ، فاقتصرت على أربع .

(٢) ولأن العطف على نية تكرار العامل فمعنى الآية انكحوا اثنين اثنين ، وانكحوا ثلاثاً ثلاثاً ، وانكحوا أربعاً أربعاً الخ . فالمراد بالعطف جمع الفعل لا جمع العدد .

١٢١ — ولقد قيد التعدد فى الآية الكريمة بقيدين آخرين مع عدم مجاوزته أربعاً : (احدهما) العدالة بين الزوجين ، فقد قال الله تعالى « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ، وقد تضافرت أقوال المفسرين للآية على أن إباحة التعدد مقيد بالعدالة ، وقد قال فى ذلك أبو بكر الرازى المشهور بالجصاص فى كتابه أحكام القرآن : « أمر الله تعالى بالاقتصار على واحدة إذا خاف إظهار الجور ومجانبة العدل إنها إباحة للاثنين إذا شاء ، وللثلاث إن شاء ، وللأربع إن شاء ... فإن خاف ألا يعدل اقتصر من الأربع على الثلاث ، فإن خاف ألا يعدل اقتصر على اثنين ، فإن خاف ألا يعدل بينهما اقتصر على واحدة ، والعدل المطلوب هو العدل الظاهر ، وهو القسم بين الزوجين ، والمساواة فى الإنفاق ، والمساواة فى المعاملة الظاهرة ، وليس هو العدل فى المحبة الباطنة ، فإن ذلك لايستطيعه أحد ، ولا يكلف الله إلا ما يكون فى الوسع « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » وكان النبى ﷺ لايسوى بين أزواجه فى المحبة القلبية ، ولذلك كان يقول عند قسمه بين أزواجه : « اللهم إن هذا قسمى فيما أملك ، فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » .

« ولو كانت المحبة القلبية هى المطلوبة لكان محمد ﷺ غير عادل بين أزواجه وهذا غير معقول ولا مقبول .

وبهذا يوفق بين العدل المطلوب فى هذه الآية ، والعدل المنفى فى قوله تعالى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » فإن العدل المنفى هناك هو العدل القلبى ، ولذلك لم يطلبه سبحانه وتعالى ، ودل على أنه لم يطلبه بقوله تعالى «ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل » فهو أجاز ألا يكون ، ولكن طلب أن يحرص ولا يفرط ، وبذلك تتلاقى الآيتان ، لأن العدل فى الآية التى طلبته غيره فى الآية نفته ، وأكدت نفيه .

الشرط الثانى من الشروط التى قيد الله سبحانه وتعالى إباحة التعدد هو القدرة على الإنفاق على العدد من أزواجه مع القيام بالواجبات الواجبة عليه فى أسرته ، كالإنفاق على من تجب عليه نفقته من ذوى رحمه ، وهذا الشرط فهم من تذييل الآية بقوله تعالى : « ذلك أدنى ألا تعولوا » وقد فسر الشافعى رضى الله عنه كلمة « ألا تعولوا » ألا تكثر عيالكم ، وحكى عن الكسائى أنه قال : « العرب تقول عال يعول ، وأعال يعيل ، أى كثر عياله » ويؤيد هذا المعنى قراءة طلحة « ألا تعيلوا » وإذا كان ذلك هو المعنى ، فقد تبين أن إباحة التعدد مقيدة بألا يكون فى التعدد مظنة الإكثار من العيال من غير أن يكون عنده من أسباب الرزق ما يستطيع معه الإنفاق عليهم والقيام بواجبهم .

١٢٢ — ولقد اتفق الفقهاء والمفسرون على أن هذين الشرطين لابد من توافرهما لكل من يبغى أن يتزوج ، وعنده زوجة ، بل لقد اتفق الفقهاء على أن كل زواج يعتقد المتزوج عند إنشائه ولو كان الزواج الأول أنه لا يعدل مع أهله أو لا يستطيع الإنفاق فيه يكون حراماً كما قررنا ، ولكن إذا تم الزواج مع عدم تحقق هذين الشرطين يكون الزواج صحيحاً ؟ لقد اتفق الفقهاء على أن هذين الشرطين ليسا من شروط الصحة . ولذلك يصح الزواج مع عدم توافر الشرطين ويكون الشخص آثماً يحاسبه الله سبحانه وتعالى على الجور ، وعدم القيام بتكاليف الزواج .

وإنما لم يحكموا بفساد العقد مع تأكيدهم وقوع العاقد فى الإثم (١) لأن فساد العقود وصحتها يناطان بأمور واقعة لا بأمور متوقعة ، ولو حكمنا بفساد العقد لخشية الظلم أو لخوف الإعيال لحكمنا بفساد العقد لأمر متوقع قد يقع . وربما لا يقع .

(٢) ولأن خوف الظلم أمر نفسى . وأحكام العقود بالصحة والفساد لا يصح أن ترتبط بأمور نفسية خفية لا تجرى عليها أحكام القضاء ، والقدرة على الإنفاق أمر يتصل بالرزق ، والرزق عند علام الغيوب . فليس لأحد أن يجىء إلى عاقدين علم كل منهما أمر صاحبه ، وقدرته ، وقد رضيا بالزواج فيقول لهما : لا تتزوجا أو الزواج بينكما غير صحيح ، لأنه فى المستقبل لا يستطيع الإنفاق عليها مع أن المال غاد ورائح ، ويطرح تقدير الزوجين ، ورضاهما رضاً صحيحاً .

١٢٣ ـ هذا هو مسلك الشريعة بالنسبة للتعدد ، وهى وسط بالنسبة للشرائع ، فمنها ما أباح التعدد من غير قيد فى العدد ، ولا قيد فى الزواج ، ومنها ما منع التعدد منعاً مطلقاً ، وكانت الشريعة الإسلامية بين ذلك قواماً .

(١) ولا شك أن ذلك المسلك هو مسلك الشريعة التى تخاطب كل الأجناس وكل الأجيال ، فهى تخاطب أهل أوروبا ، وأهل المناطق الحارة ، وتخاطب المعتدل المزاج ، المعتدل فى شهواته ، وتخاطب الحاد المفرط فى شهواته ولذلك وجب أن يكون فيها من السعة والمرونة ما يرضى المعتدل ، وما يهذب المفرط ، من غير أن يضيق القيد ، فينخلع من الربقة ، إنه ولا ريب الاقتصار على واحدة هو الزواج الأمثل فى الجملة ، وهو البعيد عن نطاق الظلم ، ولكن لا يرضى به إلا أمثل الرجال ، فهل الناس جميعاً على هذا الطراز ؛ وإننا لو غلقنا على ذى الشهوات الحادة باب الزواج ، لفتح لنفسه باب الفساد ، فنهتك الستور . ويكون الأولاد الذين لا آباء لهم . ولو خيرنا بين زواج معيب . والزنى لاخترنا الأول . إن كنا نسير على هدى العقل ونوره .

(ب) وقد يكون التعدد علاجاً اجتماعياً لنقص يعرض للأمة فى رجالها ، فقد يقل عدد الرجال الصالحين للانسال فى بعض الأمم بسبب الحروب ، ولقد ذكر بعض الثقات العالمين بالإحصاء أنه بعد الحرب العالمية الأولى وجد فى بعض الأمم الأوربية أن الرجال الصالحين للزواج قل عددهم ، حتى صار يقابل كل رجل قادر فى التعداد ثلاث نساء صالحات للزواج ، ففى هذه الحال يكون التعدد مطلوبا ، لصون المرأة من الدنس ، وليكثر النسل ، وتنمو الأمة ، وتعوض ما فقدت .

(ح) وليس التعدد شراً على المرأة دائما ، فقد تكون المرأة فى حال تستوجب أن يتزوج بأخرى لمرضها ، أو عقمها فيكون الزوج بين أمرين . الفراق أو الزواج ، والثانى بلا شك فيه مصلحتها فوق ما فيه من عدالة فى ذاته .

١٢٤ — لقد سار المسلمون من أقدم عصورهم على نظام يستبيحون فيه التعدد ، كما أباحته الشريعة ، ولم يجدوا فى ذلك حرجاً ، ولم يكن منهم فى الجملة ظلم ، ولما غزت مصر والشرق الأفكار الأوروبية ، وهى لا تفهم التعدد فى الزواج ، وإن فتحت الباب على مصراعيه لغير الزواج ، وجد من الشرقيين من اعتقد أن فى إطلاق التعدد ظلماً للمرأة ، وهضما لحقوقها . ثم التفتوا إلى الآية الكريمة التى تبيح التعدد ، فوجدوها تقيد الإباحة بقيدين . كما بينا ـ فدعوا إلى التقييد الذى يشبه المنع ، ونادى بالتفكير فى ذلك الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده فى دروسه وبعض تقريراته ، واستفاض بالحديث فيها فى مجالسه ، حتى أثمرت كلماته فى بعض تلاميذه وآتت الدعوة أكلها ، فوجدت بعد نحو عشرين سنة من وفاته مقترحات تتضمن تقييد تعدد الزواج قضائياً ، بالقيدين السابقين ، وهو العدل والقدرة على الإنفاق وكان ذلك فى اللجنة التى ألفت فى أكتوبر سنة ١٩٢٦ إذ كان المشروع الذى قدمته مشتملا على ذلك كما بينا فى مقدمة الكتاب ، ولكن بعد الفحص والتمحيص

والمجاوبات المختلفة بين رجال الفقه ورجال الشورى ، رأى أولياء الأمر العدول عن ذلك ، وجاء المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خالياً منه وقد ذكرنا خلاصته فى مقدمة كلامنا .

وفى سنة ١٩٤٣ همت وزارة الشئون الاجتماعية المصرية أن تنشر المقبور ، لأن وزيرها إذ ذاك ظن أنه يصلح للحياة . ولكن عدل وشيكا عما هم به ، فكان له بذلك فضل .

ولقد جاء من بعد ذلك وزير آخر ، وجعل من أعظم ما يعنى به هذه المسألة ، فأعاد نشر ذلك الدفين ، وهم بأن يقدمه لدار النيابة ليأخذ سيره ، ولكنه بعد أن خطا بعض الخطوات ونبه إلى ما فيه من خطر اجتماعى(١) أعاده مشكوراً إلى حيث كان .

١٢٥ — إن هذا التفكير الذى ساقه الأستاذ الشيخ محمد عبده فى درسه وتقريراته ومجالسه ، والذى صار مشروعا من بعد ، وتناولته الأقلام والوزراء — أساسه جعل القيدين المذكورين فى الآية الكريمة يخرجان عن التكليفات الدينية التى تكون بين العبد وربه إلى التطبيق القضائى ، فيمنع القاضى توثيق عقد زواج من له زوجة إلا إذا تأكد عدالته ، وقدرته على الإنفاق على زوجته وأولاده ، وسائر من تجب عليه نفقته .

وهنا نقرر أن الآية ليس فيها ما يمنع ولى الأمر أن يجعل هذين القيدين فى موضع التطبيق ، وليس فى الكتاب ما يحرم على ولى الأمر فى مصر أن يسلك هذا المسلك ، ولكن أمامه إجماع المسلمين من لدن عصر النبى ﷺ وعصر الصحابة إلى عصر الأستاذ الشيخ محمد عبده وما علمنا أن النبى ﷺ منع زواج أحد ، لعدم قدرته على الإنفاق ، أو لعدم إثباته العدالة ، ولم

---

(١) قد كتبنا فى هذا بحثاً ناقشنا فيه المشروع . وكان يفيد التعدد والطلاق . ونشر فى مجلة القانون والاقتصاد فى العددين الأول والثانى للسنة الخامسة عشرة .

نعرف أحداً من الصحابة أمر أن يتحرى هذا التحرى عند التعدد ، ولا يمكن أن نفرض العدالة المطلقة ، والقدرة المطلقة فى عهدهم . فإن الناس فى كل عصر ، فيهم البر والفاجر والعاجز والقادر .

وإن اجتزنا هذا الحاجز الحصين ، واتجهنا إلى المشروع فى ذاته من حيث صلاحيته ، فهل نجد فيه صلاحية ، وهل نجد الطريق معبداً لتطبيقه ؟

إن الطريق ليس بمعبد ، إذ كيف يعرف القاضى أنه سيعدل ولا يظلم ، وهذه حال لا تعرف لأشد الناس صلة بالزوج فضلا عن القضاء الذى يوجب عليه ألا يتصل بالخصوم اتصالا شخصيا ؟ أيسأل الشهود ، وأكثرهم يصطنع الكذب ، أم يعتمد على الشهادات الرسمية !! ثم القدرة على الإنفاق ما مناطها ؟ أحال الزوجة الجديدة أم حاله هو ، وإذا اعتبرت حاله ، ورضى بأن يضيق قليلا بعد سعة فى سبيل ذلك الزواج الجديد وهى فى جملتها تكفل العيش الضرورى . أيسوغ للقاضى أن يمنعه بحجة أنه يجب أن يعيش فى رفاهية ، ويحرم من حلال .

ثم إن هذا يكون تدخلا فى حرية التعاقد لا يتفق مع المقرر الآن فى القوانين الحديثة ، فهل يوجد ما يسوغه ؟ لقد ذكروا بواعث له . فذكروا أن التشرد ينتج من تعدد الزوجات مع الفقر ، وقد بين الإحصاء أن تعدد الزوجات ليس هو السبب فى كثرة المتشردين فكذب الدعاة تكذيبا قاصما لا مجال للريب فيه . وإن شهادة الأرقام أصدق شهادة .

وإن الباعث الذى يجرى على الألسنة من قديم الزمان هو المساواة بين الرجل والمرأة ، وقد قلنا فى رد ذلك « إن الحقوق والواجبات فى المسائل الاجتماعية ليس أساسها التساوى المطلق . كالمعادلات الهندسية الجبرية . بل أساسها الميزان الاجتماعى . فهو الذى يعطى الحقوق والواجبات . ويوزعها على الرجل والمرأة بالشكل الذى ينتظم به الاجتماع ، وقد يكون التعدد

واجباً اجتماعياً إذا نقص العدد فى الرجال بالحروب »(١)

وهب الباعث كان محققاً « فهل النتائج حسنة ؟ إن الأمور الاجتماعية لا تقاس ببواعثها ، بل تقاس بنتائجها . فقد يكون الباعث نفعاً . والنتيجة ضرراً ، فيوازن بينهما ، وإن منع التعدد مع إحجام الناس عن الزواج الآن يضر النسل فى الأمة . ونحن فى زمن تكاثر الأمم غيرها بعددها ، لأنه قوام عتادها .

ولو أخذ بالمشروع فمنع القاضى اثنين استهوى كلاهما صاحبه — من الزواج . فهل تنقطع العلاقة !! إن كلمة الشيطان تحل محل كلمة الله التى منعها القاضى بأمر المشروع ، فيكون الفساد . ويكون الأولاد الذين لا آباء لهم ، وما عاد الرجل إلى زوجته الأولى ، ولا عادت المرأة إلى أسرتها .

وأخيراً إن الاجتماع فى مصر ما زال يفرض إباحة التعدد ، ما دامت الشهوات مستحكمة ، وما دام الشعب لم يتعلم ، وما دام الرجال يترددون بين حلال معيب ، وحرام لاشك فيه ، والحلال المعيب هو الزواج مع التعدد . علموا الشعب . وارفعوا مستوى حياته ، فلا يكون بعد ذلك تعدد »(٢).

١٢٦م — (٤) زواج الأمة وعنده حرة : من عنده حرة لا يجوز أن يتزوج أمة ، حتى تطلق الحرة ، وتنتهى عدتها . وذلك لأن الزواج من الإماء ثبت لمن لا يستطيع الحرة ، لقوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » ولا يعد عاجزا عن الحرة من كان متزوجا منها فعلا ، فلا ضرورة لزواج الأمة ،

---

(١) راجع البحث المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة عشرة ص ١٥٨ .

(٢) البحث المذكور .

ولأن فى إدخال الأمة على الحرة إيحاشاً لها وإيذاء لعزتها . ولا يجوز ذلك ، ويمنع .

ولقد أخذ الشافعى بنص الآية ، فلم يجز الزواج من الأمة إلا إذا كان عاجزاً عن مئونة الحرة . والحنفية لعدم وجود مقياس ضابط للقدرة جعلوا المانع أن يكون فى عصمته حرة فعلا .

ولا شك أنه لا رق بحكم الإسلام الآن فى مصر ولا البلاد العربية ، فليس لهذه المسألة موضوع ، ولكن ذكرناها تتميما للبحث ، ونكتفى فى بيانها بذلك القدر .

١٢٧ — (٥) زوجة الغير ومعتدته : يحرم على الرجل زوجة غيره ومعتدته ، سواء أكانت معتدة من طلاق أم من وفاة ، وذلك لحق غيره ، ولكيلا تختلط الأنساب ، وقد ثبت ذلك بالقرآن الكريم ، فقد قال تعالى فى آيات التحريم : « والمحصنات من النساء » والمراد بالمحصنات هنا ذوات الأزواج ، وثبت تحريم المعتدات من طلاق بقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء [١] » . وثبت تحريم المعتدات من وفاة بقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » .

والحكمة فى تحريم معتدة غيره هو أن الزواج ما زال قائماً ، لحق غيره بها ما زال باقياً ببقاء آثاره ، وخشية اختلاط الأنساب منع ذلك وإن هذا لا يثبت إذا كانت المعتدة معتدة منه هو ولو كان الطلاق بائناً ، وعلى ذلك فإنها تحل له من غير عقد ومهر ، إذا كان الطلاق رجعياً ، ولا تعود إلا بعقد

(١) القروء هى الحيضيات عند أبى حنيفة وأصحابه ، وهى الإطهار التى تكون بين الحيضات على مذهب الشافعى .

ومهر جديدين إذا كان بائنا بينونة صغرى . أما إذا كانت البينونة كبرى وهي ما إذا كان الطلاق هو المكمل للثلاث ، فإنها لا تحل له إلا بعد أن تتزوج زوجاً غيره على ما علمت (١) .

١٢٨ — (٦) الملاعنة حتى يكذب نفسه : من المقرر أن من يرمي امرأة بالزنى من غير إثبات كامل ، أى أربعة شهود عدول يقام عليه حد القذف ، وهو ثمانون جلدة ، ولا تقبل له شهادة أبداً ، لقوله تعالى : والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً » .

---

(١) هذا إذا كانت العدة من عقد ، وإذا كان هناك وطء من غير عقد صحيح ، فإن كانت هناك شبهة تمحو وصف الجريمة ، فإن العدة تثبت ، وتكون كعدة الطلاق في النكاح الصحيح ، ولا يحل لأحد أن يتزوج بالمعتدة حتى تنتهى العدة ، وإذا كان الوطء زنى فإنه لا عدة منه ، لأن الزنى لا يثبت حقاً من الحقوق ، ولكن هناك أمران : (أحدهما) أن بعض الفقهاء لا يجيز الزواج من الزانية حتى تتوب ، فعند هؤلاء لا يباح الزواج منها إلا ممن زنى بها (والأمر الثانى) أنه قد ورد النهى بالآثار عن سق الإنسان زرع غيره ، أى عن وطء الزانية . وعلى ذلك فقد اتفق الفقهاء الذين أجازوا زواج الزانية على جواز زواجها ممن زنى بها . ووطئها لأن الحمل منه إن كانت حاملا منه . أما إذا كان مريد زواجها غير من زنى بها وهى غير حامل ، فإنه يجوز عقد الزواج عليها عند هؤلاء الفقهاء ، والدخول بها ، ولكن كره محمد الدخول قبل استبراء رحمها ، لجواز أن تكون حاملا . أما إذا كانت حاملا وثبت حملها فقد قال أبو حنيفة والشافعى ومحمد إنه يجوز العقد عليها ، ولكن لا يدخل بها إلا بعد الوضع ، وجواز العقد لأنها حلال ولا نص ولا قياس على نص يمنع الحمل ويثبت التحريم ، وأما عدم الدخول بها فلما رواه الترمذى أن رسول الله (ص) قال : « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسق ماءه زرع غيره » .

وقال أبو يوسف ومالك وأحمد فى رواية عنه وزفر لا يصح العقد على الزانية الحامل ، لحق الحمل إذ لا جناية منه ، ولأنه بالاتفاق لا يحل الدخول بها . والدخول حكم ملازم للعقد ، فإذا منع الدخول منع العقد ؛ إذ منع اللازم منع للملزوم ، فلا يحل الزواج حتى تضع .

وإذا تزوج رجل امرأة وثبت أنها كانت حاملا وقت العقد بأن أتت بالولد بأقل من ستة أشهر فإن العقد يكون فاسداً ، لفرض أن الحمل من غير زنى ، إذ يحمل حال المؤمن على الصلاح (راجع الزيلعى) .

ولكن إذا طبق ذلك على من يرمى زوجته يكون فى ذلك حرج شديد ؛ وخصوصاً أن مظنة الصدق قائمة ، إذ لا يمكن أن يرميها من غير شبهة قوية دفعته ، حتى أنه ليروى ابن مسعود أن أنصارياً دخل على النبى ﷺ فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع أهله رجلا ، فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظ ، اللهم افتح » .

ولهذا الحرج الذى صورته تلك الكلمات القوية التى جاءت على لسان ذلك الأنصارى ، كان حكم من يرمى زوجته بالزنى هو اللعان واللعان أن يقسم الرجل أربع مرات بالله إنه صادق ، والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين وتقسم هى أربع مرات إنه من الكاذبين ، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين ، وقد بينت الآية الكريمة فى سورة النور حقيقته ، فقد قال تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »

فإذا حلف الرجل وحلفت المرأة ، فقد تم اللعان ، ومن آثاره أن ينتفى نسب ولده ، إن كان موضوع الرمى بالزنى فى نفى الولد ، وأن يفرق بين الزوجين ، فلا يتعاشرا ، ولا يحل له أن يعقد عليها أبداً إلا إذا كذب نفسه ، فإذا فعل أقيم عليه حد القذف ، وعاد الحل ، فيجوز أن يعقد عليها من جديد .

والسبب فى ذلك التفريق ، وتحريم الزواج أن الثقة بينهما قد فقدت ، ولا يمكن أن يقوم زواج ليس أساسه الثقة ، واطمئنان الرجل إلى أهله فى المحافظة على عرضها وعرضه ، فإن كذب نفسه عادت الثقة فيجوز العقد ، وأبو يوسف منع الزواج فى هذه الحال أيضاً .

من لا تدين بدين سماوى وحال الكتابيات

١٢٩ — اتفق الفقهاء على أن المسلم لا يجوز له أن يتزوج من لا تدين بدين سماوى ، ويقصدون بالدين السماوى الدين الذى كان له كتاب منزل فى زمن نشأته ، وله نبى مبعوث ذكر فى القرآن الكريم ، فكل من تكون غير متدينة بدين سماوى بهذا المعنى لا يحل الزواج منها ، وتعتبر كالمشركة لا يجوز للمسلم العقد عليها وتكون داخلة فى عموم النهى فى قوله تعالى : «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ، ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم ، أولئك يدعون إلى النار ، والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه» وبمقتضى هذا لا يحل لمسلم أن يتزوج وثنية ، أو بوذية أو برهمية ، . . لأن كل أولئك لم يكن لهم كتاب منزل معروف ، ولم يعرف لهم نبى مبعوث ذكره القرآن ولو كانوا قد حرفوا الكلم من بعده عن مواضعه وإن الآية الكريمة تشير إلى الحكمة فى تحريم الزواج من هؤلاء ؛ إذ يدعون إلى النار ، أى أن المرأة تستهوى الرجل بحسنها ، ورفق طباعها ، وحسن تدبيرها ، فيستحسن ما تستحسن ، ويستهجن ما تستهجن ، فلا يستنكر أوثانها ، أو لا يستهجنها ، وأول الشر استحسانه ، وإن ذلك إن لم يقده إلى دينها ، يضعف الإحساس بدينه فى نفسه ، فيستهين بالفرائض ، وإن نابذ دينها كل المنابذة ، وأبدى استنكاره كانت الجفوة التى لا يكون معها التقاء تكون معه عشرة زوجية صحيحة .

هذا وإن التنافر بين الإسلام والأديان الوثنية شديد لا يمكن أن تكون معه فى الأحوال العامة عشرة متلائمة متفقة، وكيف تتصور عشرة بين زوجين أحدهما يتقرب إلى الله سبحانه بذبح بقرة وتوزيعها صدقات ، والثانية تعبد

هذه البقرة أو على الأقل تقدسها، إنه لا يمكن أن تكون عشرة إلا إذا كان ثمة استهواء شديد يفسد دينه ، فيكون التحريم من ها هنا .

وفى كلتا الحالين يكون الأولاد فى نشأة تفسد دينهم ، وحقا : « أولئك يدعون الى النار » .

١٣٠ — وقد قال جمهور الفقهاء(١) إنه يحل للمؤمن أن يتزوج الكتابية فيجوز أن يتزوج اليهودية والنصرانية ، وذلك لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات ، والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » وهذا نص صريح محكم فى حل نساء أهل الكتاب ، إذ هذه الآية من آخر آى القرآن نزولا ، أو فى آخر السور نزولا على الأقل . ولأن الصحابة قد أجمعوا — إلا عبد الله بن عمر — على أن زواج الكتابيات يجوز ، ولقد روى أن بعضهم تزوج كتابيات فعلا ، كطلحة بن عبيد الله .

ويجب أن نقرر هنا أن الأولى للمسلم ألا يتزوج إلا مسلمة لتمام الألفة من كل وجه ، ولقد كان عمر رضى الله عنه ينهى عن الزواج من الكتابيات إلا لغرض سام كارتباط سياسى يقصد به جمع القلوب وتأليفها أو نحو ذلك .

وإنما فرق الشارع الإسلامى بين الوثنية والكتابية لأن الوثنية كما قلنا لا تلتقى فى جملة مبادئها الخلقية مع المسلم ، بل دينها منافر كل المنافرة لدينه فإما أن تستهويه فتضعف دينه ، وتفسد نسله ، وإما أن تكون المنافرة ، فلا تكون عشرة .

أما الكتابية فإنها فى لب الفضائل الاجتماعية تلتقى مع المسلم ، إذ أصول الأديان السماوية فى أصلها واحد ، فدوام العشرة معتدلة من غير استهواء ممكن ، على أن الأولى كما قلنا ألا يتزوج المسلم غير مسلمة .

---

(١) بعض قليل من الصحابة ، وبعض من الفقهاء لم يحلوا زواج المسلم بالكتابية وأكثر الشيعة على ذلك .

هذا ومن المقرر أن المرتدة عن الإسلام لاتعتبر ذات دين ، ولو انتقلت من الإسلام إلى دين كتابى ، ولذلك لايحل للمسلم أن يتزوج مرتدة ، كما لاتتزوج المسلمة مرتداً ، بل إن المسلم إن ارتدت زوجته فسخ النكاح وأنهى وذلك لأن الارتداد جريمة عقوبتها للرجل القتل ، وللمرأة الحبس ، ويعتبر من ارتد فى حكم الميت ، وإذا كان كذلك وفسخ نكاح بردة أحد طرفيه ، فإنه لايحل زواج المرتدة من مسلم ولا غير مسلم قط .

١٣١ — ولقد اتفق على أن عبدة الأوثان مشركون لاتنكح نساؤهم ، وعلى أن اليهود والنصارى كتابيون تنكح نساؤهم ، واختلف فى بعض الطوائف القديمة التى لايزال بعضها قائماً إلى الآن ، أتعتبر كتابية فتحل نساؤها للمسلم أم مشركة فلا تحل . ومن هؤلاء الصابئة ، وهؤلاء من سكان العراق فى القديم ، وبقيت منهم بقية فى الإسلام ، وقد أعلنوا أنفسهم طائفة من النصارى ، ولكنهم كانوا يقدسون الكواكب ، وهم فى عامة أحوالهم أكتم الناس لاعتقادهم وطقوسهم الدينية ، وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى بشأنهم ، فقال أبو حنيفة إنهم من أهل الكتاب فتحل نساؤهم ، ويظهر أنه نظر إلى ظاهر حالهم ، واعتبرهم فرقة من النصارى ، وقال أبو يوسف ومحمد لا تحل نساؤهم ، لأنهم ليسوا نصارى ، وليسوا أهل كتاب لأنهم يعبدون الكواكب ، وليس الاختلاف كما ترى اختلاف رأى ، بل هو اختلاف فى حقيقة أمرهم . والواقع أنهم يكتمون دينهم ، ولا يزال الناس مختلفين فى حقيقة دينهم إلى اليوم ؛ ومن بقى منهم لانعرف حاله ، وقد قال الجصاص فى أصلهم :

« وأصل اعتقادهم تعظيم الكواكب السبعة وعبادتها ، واتخاذها آلهة ، فهم من عبدة الأوثان فى الأصل . إلا أنهم منذ ظهر الفرس على إقليم العراق ، وأزالوا مملكة الصابئين لم يجسروا على عبادة الأوثان ظاهراً ،

لأنهم منعوهم من ذلك وكذلك كان أهل الشام والجزيرة صابئين ، فلما تنصر قسطنطين حملهم بالسيف على الدخول فى النصرانية . فبطلت عبادتهم الأوثان من ذلك الوقت ، ودخلوا فى غمار النصارى فى الظاهر ، وبقى كثير منهم على تلك النحلة مستخفين بعبادة الأوثان ، فلما ظهر الإسلام دخلوا فى جملة النصارى ، إذ كانوا مستخفين بعبادة الأوثان ، كاتمين لأصل الاعتقاد ، وهم أكتم الناس لاعتقادهم ـ وعنهم أخذت الإسماعيلية كتمان المذهب » .

وإذا كانوا يكتمون عقائدهم على ذلك النحو ، فقد جرى الخلاف فى حقيقتهم واختلف الحكم بسبب ذلك الاختلاف ، وإنى أميل إلى رأى الصاحبين للذين منعا صحة الزواج من نسائهم .

١٣٢ — ولقد اتفق الفقهاء على أنه لايجوز للمسلمة أن تتزوج غير مسلم سواء أكان مشركا أم كان كتابياً ، وقد ثبت ذلك التحريم بنص القرآن ، والسنة ، والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ، فامتحنوهن ، الله أعلم بإيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات ، فلا ترجعوهن إلى الكفار ، لاهن حل لهم ، ولاهم يحلون لهن » . وأما السنة ، فقد وردت الآثار الصحاح عن السلف الصالح أنهم كانوا يفرقون بين النصرانى وزوجه إذا أسلمت ، روى أن رجلا من بنى تغلب أسلمت زوجه وأبى هو أن يسلم ، ففرق عمر بينهما . وروى عن ابن عباس أنه قال : « إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهى أملك لنفسها » ، وبهذا استفاضت الأخبار عن أصحاب الرسول ، وهو أمر لايعرف بالرأى ، فلابد أن يكونوا قد سمعوا من الرسول صلى الله عليه وسلم مابنوا عليه حكمهم ، وقد انعقد إجماعهم على ذلك ، فكان ذلك بالإجماع مع نص القرآن ـ حجة قاطعة لامجال للشك فيها .

ولقد قرر الفقهاء بناء على هذه القاعدة ، وهى أن المسلمة لاينعقد زواجها على غير المسلم ـ أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها باق على دينه . وامتنع عن الإسلام يفرق بينهما ، لأن عدم قيام سبب من أسباب التحريم شرط لإنشاء النكاح ، وشرط لبقائه ، فلا ينشأ النكاح إلا إذا خلا الزوجان من أسباب التحريم ، ولا يبقى إلا ببقاء الخلو من ذلك .

١٣٣ — ومع اتفاق الفقهاء على أنه إذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول فى الإسلام يفرق بينهما ، قد اختلفوا فى وقت التفريق ، فقال ابن عباس رضى الله عنه تقع الفرقة من وقت الإسلام ، وكأنها وقعت وقت أن أسلمت ، وإن كان شرطها أن يعرض عليه الإسلام ويمتنع ، لأن الأحكام تستند إلى أسبابها ، والسبب كان من وقت إسلامها ، أو على الأقل عدم الحل كان من وقت إسلامها ، ولكن قد اتفق فقهاء الأمصار على أن الفرقة لاتقع وقت الإسلام ، ولكن تقع بعده ، لأن السبب فى الفرقة ليس هو الإسلام . إنما السبب فيها هو الامتناع عن الإسلام ، وليس الإسلام وحده سبباً للفرقة بين زوجين ، وقد اختلفوا بعد ذلك فى وقتها ، فمالك والشافعى وأحمد وغيرهم قالوا إن الفرقة تكون بعد أن تنتهى عدتها ، فإن أسلم فى أى وقت قبل انتهاء العدة ، فهى زوجته ، وقال أبو حنيفة والصاحبان إن كانا ذميين فى دار الإسلام وقعت الفرقة من وقت الامتناع عن الإسلام بعد عرضه عليه ، لأن الامتناع هو سبب الفرقة ، فتكون من وقته ، وإن كانا حربيين وقعت الفرقة بينهما بانتهاء العدة لا بذات الإسلام ، ولا بالامتناع عنه ، وإن خرجت مهاجرة إلينا كان اختلاف الدار كافياً للفرقة من غير حاجة إلى انتظار عدة .

١٣٤ — ومن الحق علينا فى هذا المقام أن نذكر مايجب توافره ليعتبر الشخص قد دخل فى الإسلام ، ثم الآثار المترتبة على دخوله ، وقد ذكرنا

أنه إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام يفرق بينهما ، وتجب عليها العدة ، إن كان دخول ، ويجب المهر . وإن لم يكن دخول لاحقيق ولا حكمى لاتثبت عدة ، ويجب نصف المهر ، أو المتعة إن لم يكن ثمة مهر مسمى وقت العقد ، وإن أسلم الزوج وزوجته كتابية بقيت فى عصمته ، ولكن ملك عليها كل ما يملك الزوج المسلم ، فله حق تطليقها ، وله حق التزوج عليها إلى أن يبلغ العدد معها أربعاً . لأنه إذ قد دخل فى الإسلام صارت له حقوق المسلم .

ولكن متى يعتبر مسلماً ؟ أيعتبر بمجرد أن يقول : « لا إله إلا الله محمد رسول الله » أم لابد من الإشهاد ، ويكتفى به ، أم لابد من شروط أخرى ؟ يجب بيان ذلك ، لمكان هذه المسألة من الخطر الاجتماعى ، ولاتخاذ بعض الناس فى مصر الأديان هزواً ولعباً ، فإنه يعلن الشخص إسلامه ليفرق بينه وبين زوجه ، أو ليتزوج مسلمة ، حتى إذا قضى لبانته عاد إلى دينه ، أو أظهر حقيقته بعبارة أصح . وقد كان ذلك موضع نظر أمام محاكم الجنايات .

لهذا نقول إنه لاحاجة إلى الإشهاد الشرعى لوصف الشخص بالإسلام ، بل الإشهاد توثيق ، الغرض منه الشهر والإعلام ، وعده فى الإحصاء فى صفوف المسلمين . وإنما الأمر الجوهرى هو شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وأن يظهر منه الإذعان لكل ماجاء به الكتاب والسنة ، وكل ماثبت من الدين بالضرورة .

ومن المقرر أن الشريعة لاتنظر فى الحكم على الشخص بالإسلام إلا بالظاهر فإذا شهد الشخص بشهادة الإسلام ، فهو مسلم بشرط ألا يظهر منه فى عامة أحواله ما يناقضها ، فالشهادة لاتثبت الإسلام إن كان ثمة ما يناقض معناها ، أو مايدل على أنه ما زال على دينه القديم .

وقد فهم بعض الناس أنه إذا نطق بشهادة الإسلام فهو مسلم ، وإن كان يظهر منه ماينافيها ، كمسيحى يعلن الإسلام . ويسهم فى نفقات الكنيسة . ويتخذ الصليب شعاره ، ويصلى صلاة المسيحيين ، وأدلى أحد المحامين بذلك لدى القضاء المصرى ، والحقيقة غير ذلك ، ولهذا ننقل لك النصوص المقررة للحقيقة .

جاء فى شرح العقائد النسفية للتفتازانى : « لو فرضنا أن أحداً صدق بجميع ماجاء به النبى ﷺ وأقر به ، وعمل به ، ومع ذلك شد الزنار [1] بالاختيار ، أو سجد للصنم بالاختيار نجعله كافراً ؛ لأن النبى ﷺ جعل ذلك علامة التكذيب والإنكار ، ولقد جاء فى حاشية الشرح السابق مانصه : « المذكور فى شرح المقاصد وغيره أن الإيمان المنجى لايقارن شيئاً من أمارات التكذيب ، وأن التصديق المقارن لشىء منها لا اعتداد به » .

ولقد جاء فى حاشية العقائد العضدية : « لما كان التصديق أمراً مبطناً اعتبر منه مايدل عليه ، وهو التصديق اللسانى أى الإقرار . . . لأن التلفظ بالشهادة فى الشرع قائم مقامه مالم يظهر خلافه قولا أو عملا » .

هذه نقول تثبت أن النطق بالشهادتين يجب ألا يقترن بما يدل على التكذيب كأن يعلن شخص إسلامه ، وهو لاينقطع عن شعائر الدين الذى يعلن أنه تركه ، أو يعلن إسلامه ، وهو لايزال يحمل الصليب ، فإنه فى هذه الأحوال ومايشبهها لايعد مسلماً ؛ لأن الشهادة القولية قداقترن بها مايكذبها .

وإنه يجب أن يتنبه القضاء لذلك ، ويتحققه إن بدرت بوادر تعلن مستور أمره ، وأنه يخفى مالا يبديه ، فإن فريقاً من الناس قد اتخذوا الأديان هزواً

---

(١) الزنار بضم الزاى فسر فى القاموس بأنه مايشاهد على وسط بعض النصارى والمجوس فهو حزام خاص .

وذريعة لإشباع الرغبات المادية . كإعلان الإسلام ليتزوج مسلمة ، ويقضى منها أرباً كما ذكرنا ، أو يعلن الإسلام ليطلق امرأته . ولا يسهل الطلاق فى دينه أو يعلن الإسلام كيدا للأمة ، وليسهل عليه تدبير الشر ، وهو عقاب الردة .

وفى الشرع الإسلامى مايقطع على أمثال هؤلاء الطريق ، وإنه ليحدث للناس من الأقضية بمقدار مايحدثون من شر ، ولقد أغنانا ماعندنا من أحكام عن أن نحدث للعابثين بالمبادىء الدينية فى هذا الزمان جديداً ، فلنتبع ماعندنا بكل مافيه ، لكى نمنع ذلك الشر الجديد .

هذا ماعند الجمهور بالنسبة للمحرمات على التأقيت والتأبيد . أما ماعند غيرهم فكما يأتى :

الزيدية كالجمهور تماماً :

١ — الإمامية لم يلتفتوا إلى حديث : « لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها (ومثلهم الخوارج لعدم الأخذ به فى مقابل « وأحل لكم ماوراء ذلكم » والحنفية يقولون إن الحديث خصص الآية مع أنه حديث آحاد ، لأن الآية خصصت بقوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » ولهذا يقولون :

لايحرم الجمع بين العمة أو الخالة مع ابنة الأخ أو الأخت إذا كان ذلك بإذن العمة أو الخالة .

٢ — يحرم عند الإمامية على العبد مازاد على أربع من الإماء . وعند الجمهور وما زاد على اثنتين .

٣ — يجوز عند الإمامية نكاح الأمة على الحرة بإذنها ، ولو عقد بدون الإذن بطل ، وإذا لم تعلم فلها الخيار .

٤ — من زنى بإحدى المحرمات على التوقيت حرمت على التأبيد . ولو تزوجها جاهلا بالتحريم بطل الزواج ، وإن دخل كان التحريم الأبدى وهذا عند الإمامية .

العقد على المحرم تحريماً مؤقتاً عالما بالتحريم حرمت على التأبيد ، ولو جاهلا بطل العقد عند الإمامية أيضاً .

المتعة لاتنحصر عندهم فى عدد .

٥ — لو طلقت الحرة تسعا بينهما زوجان تحرم عليه على التأبيد عندهم .

٦ — المطلقة طلاقا بائناً يجوز أن يتزوج الخامسة قبل انتهاء عدتها .

٧ — الرضاعة المحرمة عندهم ، لابد أن تكون فى مدة الرضاعة ، وأن يكون الفحل واحداً ، وأن يكون الرضاع كما يأتى : يوماً وليلة ، أو خمس عشرة رضعة ، لم يرضع فى أثنائها من أخرى ، أو ينبت اللحم وينشر العظم .

٨ — الإمامية لايجوز عندهم أن تتزوج الإمامية غير الشيعى ، والشيعى يتزوج غير الشيعى . بينما يجوز تزويج الفاسق الشيعى .

إجراءات لزواج المسلم بالكتابية

١٣٥ — ذكرنا أنه يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية ، وأنه إن تزوج المسلم الكتابية يكون له عليها كل حقوق الزوج المسلم مع المسلمة ، ويكون لها كل حقوق المسلمة مع ملاحظة أن لا توارث بينهما ، لأن شرط التوارث بين المسلم وغيره اتحاد الدين ، ومع ملاحظة أن الأولاد جميعاً يكونون مسلمين بلا فرق بين الذكر والأنثى .

ولما كانت هناك مظنة أن تجهل الكتابية ماقرره الإسلام من حقوق وآثار للزواج احتاط ولى الأمر فى مصر ، واتبعت النظم الآتية فى توثيق زواج هؤلاء الكتابيات :

١ — لايتولى الموثق المعين لعقود الزواج المسمى بالمأذون ـ التوثيق بل

يتولاه القاضى الشرعى ، وذلك بنص المادة ٢٧ من لائحة المأذونين ، فقد جاء فيها : « ليس للمأذون أن يباشر زواج من لاولى له من الأيتام ، ولا العقود التى يكون أحد الطرفين تابعاً لدولة أجنبية ، أو كان غير مسلم ، وإنما ذلك كله من اختصاص القضاة .

(ب) قد جعل لهذا الزواج وثيقة خاصة ، قد دون فيها ما للزوج من حقوق شرعية بمقتضى هذا الزواج ، حتى تكون على بينة من الأمر عند الإقدام على الزواج ، وتتلى هذه الأحكام على الزوجة ، وتعرف بكل ماتدل عليه ، لتكون عارفة مالها وما عليها ، راضية بذلك ملتزمة إياه .

(ﺣ) وقد نص فى الوثيقة (١) على أن للزوج أن يتزوج مثنى وثلاث ورباع رضيت بذلك أو كرهت (٢) وعلى أن له أن يطلق متى شاء ، قبلت أو عارضت ، وإذا طلقها طلاقاً رجعياً ، فله أن يراجعها فى أثناء العدة ، ولو عارضت فى ذلك ، وإذا كان الطلاق بائناً ، فليس له أن يعيدها إلا بعقد ومهر جديدين ، إذا كانت البينونة صغرى ، وإذا كانت البينونة كبرى ، فليس له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت زوجاً آخر ، ودخل بها ، ثم طلقها وانتهت عدتها ، وأنه إذا طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر المسمى ، وإذا طلقها بعد الدخول ، فلها المهر المسمى كاملا أو مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول ، ولا تسمية عند العقد فلها المتعة حسب تقدير القاضى أو اتفاقهما ، (٣) ونص أيضاً على أن له أن يلزمهما بالطاعة فى مسكنه الشرعى ، ويمنعها من الخروج إلا بإذنه ، وأنها تستحق النفقة وقت الزواج وفى العدة (٤) كما نص على أن الأولاد الذين ترزقهم من المسلم يكونون مسلمين تبعاً لدين أبيهم (٥) وعلى أنه لاتوارث بينها وبين زوجها إذا مات أحدهما ، لأن شرط إرث المسلم اتحاد الدين ، وأن الأولاد يرثون أباهم ، ولا يرثونها .

(٦) ونص على أن لها حق الحضانة . إلا إذا رأى القاضى مايمنع من بقاء الأولاد تحت سلطانها ، وأن لها الحق فى إرضاع أولادها ، وأن أجرة الرضاعة والحضانة على أبيهم .

الولاية فى الزواج

١٣٦ — قد ذكرنا فى شروط نفاذ العقد أن يكون العاقد ذا ولاية لإنشاء العقد نافذاً بأن يكون له قدرة على تنفيذ أحكامه ، لأنه صاحب الشأن فيه ؛ إذ يعقد لنفسه ، وهو كامل الأهلية ، أو يكون نائباً فى إنشائه بإنابة الشارع ، وهو الولى على النفس ، أو يكون وكيلا عن صاحب الشأن فى إنشاء العقد وتولى صيغته .

ولذلك يحق علينا أن نتكلم فى الولاية على الزواج ، والوكالة فيه .

والولاية هى القدرة على إنشاء العقد نافذاً ، وهى قسمان : ولاية قاصرة ، وولاية متعدية ، والولاية القاصرة هى قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ، والولاية المتعدية هى قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع .

والولاية المتعدية قسمان : ولاية على المال ، وولاية على النفس ، والولاية على المال هى القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ، وتنفيذها ، والولاية على النفس هى القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد والمحافظة على نفس القاصر .

ومن هذا يتبين أن الولاية فى الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائماً ، فقد يكون الولى المالى هو الولى فى الزواج ، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية ، والولاية على النفس ، وإذا كان الولى المالى هو الوصى المختار من الأب أو الجد ، أو الوصى الذى يعينه القاضى ، فإن الولاية فى الزواج لا تكون لهما ، بل تكون للعصبات غير الأب والجد ،

وأساس التفرقة فى هذه الحال أن الولاية المالية أساسها اختيار الأمين القادر على إدارة الأموال ، وأما الولاية على النفس ، فأساسها أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار ، فكان حق زواج القاصر لهؤلاء العصبات ؛ إذ هم قوم الزوجين .

١٣٧ — والولاية فى الزواج يقسمها الفقهاء إلى قسمين : ولاية إجبار وولاية اختيار ، أو ولاية الشركة ، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب[1] والولاية الأولى هى التى تعتبر ولاية كاملة لأن الولى يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه ، ولا يشاركه فيه أحد ، وأما الولاية الثانية ، فهى تثبت على البالغة العاقلة وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها ، بل يشاركها وليها فى اختيار الزوج ، وينفرد هو بتولى الصيغة بعد اتفاقه معها على الزواج ، ولذلك تسمى هذه ولاية الاختيار ، كما تسمى ولاية الشركة ؛ لأنه ليس له أن يجبرها ، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولى فى ذلك ، ويشتركا فى الاختيار ، ويتولى هو الصيغة ، وأبو حنيفة لأنه يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان فى شأن زواجها ولكن يستحسن أن يتولى الولى بالنيابة عنها صيغة الزواج — ويسميها ولاية استحباب .

١٣٨ — ولاية الإجبار عند الحنفية تثبت على القاصرين ، فتثبت على فاقد الأهلية ، وهو المجنون والمعتوه ، والصبى غير المميز والمجنونة والمعتوهة ، والصبية غير المميزة ، كما تثبت على ناقص الأهلية ، وهو الصبى المميز[2] .

---

(١) وهى الولاية على البالغة العاقلة ، فيقرر جمهور الفقهاء أن عليها ولاية ، لأنها ليس لها أن تنفرد بالزواج ، ولا يثبتها أبو حنيفة ولكن يستحسن أن يتولى وليها العقد .

(٢) يلاحظ أن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ منع سماع دعوى الزواج إذا كانت سن الزوجين وقت التقاضى دون السادسة عشرة للزوجة ، ودون الثامنة عشرة للزوج ولم يمنع الإنشاء ، ولذلك نتكلم فى العقد على الصغار على اعتبار أن العقد صحيح ، ولا يمنع القانون من صحته ، والتصادق عليه أمام المحكمة إذا كانت سنهما عند التصادق مستوفية للشروط .

ويجب أن نشير هنا إلى رأى لبعض الفقهاء السابقين . فلقد كان له أثر فى بعض قوانين الأسرة بمصر ، وذلك هو **رأى عثمان البتى** ، وابن شبرمة ، وأبى بكر الأصم ، فقد قالوا إن ولاية الإجبار تكون على المجانين والمعاتيه فقط ولا تكون على الصغار قط ، فليس هناك ولاية زواج قط على الصغير ؛ لأن الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج ، إذ هو عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ ، فلا حاجة إليه قبله ، والولاية الإجبارية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه إليها . وحيث لا حاجة إلى زواج بسبب الصغر فلا ولاية تثبت على الصغار فيه ، وقد جعل الله سبحانه وتعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور والكمال ، فقال تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » فقد جعل الله سبحانه وتعالى فى هذه الآية الكريمة بلوغ سن النكاح هو أمارة انتهاء الصغر ، وإذن فلا ثمرة فى العقد قبل البلوغ ، لأنه عقد لا تظهر ثمراته قبل البلوغ وفى إثباته قبله ضرر بالصغير ، لأنه لا يستفيد من العقد ، ويبلغ فيجد نفسه مكبلا بقيود الزوجية . وهو عقد يستمر فى أصل شرعته مدى الحياة .

وبهذا الرأى استأنس القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الذى حد سن الزواج ومنع سماع الدعوى إذا لم تصل سن أحد الزوجين إلى القدر المحدود ، وقلنا استأنس لأن القانون منع سماع الدعوى فقط ، بينما ذلك الرأى يمنع صحة الزواج .

وقد استدل الجمهور لرأيهم بقوله تعالى فى بيان العدة : « واللائى لم يحضن » فبين بهذا عدة الصغيرة التى لا تحيض ؛ وهذا دليل على صحة الزواج إذ لا عدة إلا من فرقة فى زواج صحيح . وقد استفاضت الأخبار الصحاح بعقد زواج الصغار . فالنبى ﷺ تزوج عائشة وهى بنت ست سنوات . وزوج ابن عمر بنتاً له صغيرة من عروة بن الزبير ... وليس فى قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح » ما يمنع صحة العقد ، وكون العقد لا تظهر ثمراته إلا بعد

الكبر ، لم يمنع ثبوت الولاية المالية ؛ كشراء عقار لايغل إلا بعد الكبر ، فإنه يجوز مع أن ثمرات العقد لاتكون إلا بعد الكبر ، والحاجة إلى النكاح ثابتة فى الصغر ، لأن الكفء لايتوافر فى كل وقت ، وعساه يتوافر فى الصغر ، ويفوت بعد بلوغ الحلم فكان الاحتياط لمصلحة الصغير يثبته ، ولذلك اتفق فقهاء الأمصار على ثبوت الولاية على الصغار ، ماعدا هؤلاء الثلاثة الذين ذكرناهم ، وقد وافقهم - أى الثلاثة - ابن حزم الظاهرى فى الصغيرة ، دون الصغير ، لأنه تتصور حاجة الصغيرة إلى الزواج دون الصغير . ولأن الآثار الواردة عن الصحابة كانت فى الصغيرات .

١٣٩ — وقد اتفق الفقهاء على أن علة ولاية الأجبار على المجنونة والمعتوهة هو ضعف العقل الذى كان سبب العجز عن تولى العقد ، وإدراك وجه المصلحه المرجوة منه ، وأما علة الولاية على الصغار ، فقد اتفقوا أيضاً على أن الصغر هو السبب بالنسبة للصغير ، أما الصغيرة فقد اختلف الفقهاء فى علة الولاية عليها ، فقال الشافعى ومالك وأحمد على قول - إن العلة هى البكارة ، فإذا كانت البكارة فالولاية ثابتة ، ولهذا تمتد الولاية إلى مابعد البلوغ مادامت لا تزال بكراً ، وذلك لأن البكر لاتعرف مصالح النكاح ، وإدراك التفاوت بين الأزواج ، وفهم الرجال ، فكانت البكارة علة الولاية تدور معها وجوداً وعدماً ، فحيثما كانت البكارة ، ولو بعد البلوغ ، فالولاية باقية ، وإن زالت البكارة قبل البلوغ زالت الولاية ، فإن تزوجت البكر قبل البلوغ ، ودخل بها ثم فرق بينهما لايصح زواجها ثانياً حتى تبلغ ، وتشترك مع وليها فى اختيار زوجها ، ولذلك معنى معقول ، إذ لا يصح تكرار زواجها فى الصغر لأنه لاحاجة إليه ، وكانت التجربة لاتدعو إلى التكرار لأنها لم تنجح فتعرف المصلحة فيه .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيرون أن علة الولاية فى الصغيرة هى الصغر ،

كالصغير ، إذ الصغر هو سبب العجز ، والعجز هو الذى وجدت الولاية لسد نقصه ، وقد كان علة الولاية فى الصغير ، فيثبت أيضاً علة فى الولاية على الصغيرة ، ولأن الحكم بأن الولاية الإجبارية تستمر على البكر بعد البلوغ يخالف الآثار الواردة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، فقد قال النبى ﷺ « تستأمر النساء فى أبضاعهن » فقالت عائشة رضى الله عنها : إن البكر تستحى يارسول الله ، فقال ﷺ « أذنها صماتها » ؟ وروى « سكوتها رضاها » .

وإن البلوغ كان سبباً فى الولاية المالية الكاملة للبالغة الرشيدة على نفسها فكذلك تثبت ولايتها أمر زواجها مشتركة مع وليها ، أو منفردة بها على اختلاف الفقهاء فى ذلك ، ولقد قال فى هذا المقام ابن القيم :

« إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لايتصرف أبوها فى أقل شىء من ملكها إلا برضاها ، ولايجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يزفها ، ويخرج منها بضعها بغير رضاها إلى من يريده هو ، وهى من أكره الناس فيه ، وهو أبغض شىء إليها ، ومع هذا ينكحها إياه قهراً ويجعلها أسيرة عنده » .

وإذا كنا قد استحسنا الرأى الأول فى إفضائه إلى منع الولى من زواج الصغيرة إذا تزوجت ودخل بها ، وكانت فرقة بعد أن صارت ثيباً ، ونراه أرجح فى الناحية العملية من مقابله — فإنا نختار فى البكر البالغة الرأى الثانى الذى يمنع الولاية الإجبارية عليها بعد البلوغ .

١٤٠ — من له ولاية الإجبار · ولاية الإجبار عند مالك وأحمد بن حنبل للأب أو وصيه بالتزويج ، بيد أن أحمد يشترط فى ولاية الوصى بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج ، والشافعى أثبت ولاية الإجبار للأب والجد لأن الجد أب عند فقد الأب ، وهذا كله فى الصغير والصغيرة ، وأما فى المجنون

والمجنونة ومن فى حكمهما فأضافوا إلى الأولياء المذكورين الحاكم ، وخالف الشافعى فقال تكون له ولاية الإجبار على المجنون والمجنونة إذا ثبتت الحاجة إلى النكاح بدليل كأن يقول طبيب عادل فى المجنونة الثيب مثلا إنها تشفى من علتها إذا تزوجت ، أو يكون المجنون يدور وراء النساء ، أو يقول طبيب عادل إن الزواج دواء له ، والشيعة الإمامية على أن ولاية الإجبار للصغير هى للأب ، ولغيره للحاكم أو وصيه .

وقال الحنفية وقولهم هو المعمول به فى مصر ، إن ولاية الإجبار تثبت للعصبات جميعاً ، وقال أبو حنيفة تثبت للعصبة ولذوى الأرحام .

وحجة الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد فى قصرهم الولاية على الأب أو الأب ، والجد على رأى بعضهم أن الولاية الإجبارية لاتثبت إلا لحاجة المولى عليه ، وهؤلاء ليسوا فى حاجة إلى الزواج ، وعند ثبوت الحاجة فى المجانين وغيرهم تثبت ، ولكن لأن الأب وافر الشفقة يعرف مصلحة أولاده ، فتثبت له الولاية لكمال شفقته ، والآثار الواردة فى زواج الصغار كانت ولاية الزواج للأب ، والجد كالأب فى كثير من الأحكام ، ولذا ألحقه الشافعى به .

ولا يقاس غير الأب والجد على الأب ، لأنه ليس كامل الشفقة وافر الإيثار للقاصرين مثله ؟ فلا تثبت قياساً .

وأما الحنفية فى اعتبارهم الولاية لكل العصبات فقد أثبتوا قولهم بالقرآن والسنة ، والقياس ، فقد قال الله تعالى : « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن ومايتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن » فقد ذكرت عائشة رضى الله عنها أنها نزلت فى اليتيمة تكون فى حجر وليها ، ويرغب فى نكاحها ، ولا يقسط لها فى صداقها فهذا يدل على أن اليتيمة ، أى الصغيرة التى مات أبوها قد يرغب وليها فى

نكاحها ، ولا يعطيها مهر مثلها ، والولى الذى تزوجها لابد أن يكون غير الأب والجد والعم ، بل يكون ابن العم مثلا ؟ فهذا يدل على أن العصبات جميعاً لهم ولاية التزويج ، واللوم فى الآية فى أنهم يتزوجون من يكونون فى ولايتهم من غير أن يعطوهن مهر المثل ولقد زوج النبى بنت عمه حمزة من ابن أبى سلمة وهما صغيران ، ويقول فى هذا المقام السرخسى فى مبسوطه : والآثار فى جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلى ، وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبى هريرة رضى الله تعالى عليهم » .

وأما القياس فهو أن العصبات يثبت لهم سلطان فى شأن زواج البالغة بعد بلوغها . ويختلف ذلك السلطان باختلاف آرائهم مع اتفاقهم على أصله. فالجمهور يجعل للولى للعاصب حق مشاركتها فى اختيار الزوج . ويتولى هو الصيغة . وأبو حنيفة يجعل له الحق فى الاعتراض . إن لم يكن الزوج كفئاً. بل يفسد الزواج لأجله . وهذا نوع ولاية .

وإذا كان للعصبات عموماً نوع ولاية بعد البلوغ . فلهم ولاية قبله ، لأن البلوغ ـ وبه كمال العقل والتقدير ـ من شأنه أن يمحو الولاية ، لا أن يثبتها . فإذا ثبت بعده فمعنى ذلك أنها كانت ثابتة قبله ، وهى بعد البلوغ تكون مشتركة ، وقبله تكون إجبارية ، إذ القاصر ليس أهلا للمشاركة فى ذلك . وكون غير الأب والجد شفقتهم أقل من الأب والجد لا يقتضى محو الولاية . ولكن يقضى أن تكون ولايتهم دونها . وكذلك كان . فإن قوة الولاية لغيرهما دون قوة ولايتهما على ما سنبين .

١٤١ — اتفق أبو حنيفة وأصحابه على ثبوت ولاية التزويج للعصبات ولكنهم اختلفوا بعض الاختلاف فى ترتيبهم . واختلف أبو حنيفة مع الصاحبين فى ثبوت هذه الولاية لغير العصبات من الأقارب .

والعصبات هم كل قريب ذكر يتصل بالمولى عليه اتصالا لا تنفرد بالتوسط

بينه وبينه فيه أنثى ، وترتيبهم هنا كترتيبهم فى الميراث على اختلاف قليل ، كما سنبين ، وهم :

(١) فروع الشخص من الذكور الذين لاتتوسط بينه وبينهم أنثى . (٢) وأصوله كذلك (٣) وفروع أبيه الذين لاتتوسط بينه وبينهم أنثى ، كالأخ الشقيق أو الأب وابن الأخ كذلك (٤) ثم فروع الأجداد الذين لاتتوسط بينهم وبينه أنثى كالعم ، وإن علا أبوه ، وابن العم .

وإذا كان للقاصر ولى عاصب واحد انفرد هو بالولاية ، وإن تعدد الأولياء قدم الفروع على الأصول ، ثم الأصول على الأخوة وأولادهم ، وهؤلاء على الأعمام وأولادهم ، فإن اتحدت الجهة قدم أقربهم درجة ، فيقدم الأب على الجد ، والابن على ابن الابن ، والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ ، ولو كان شقيقاً ، لأنه أقرب درجة ، فإن اتحدت الجهة والدرجة قدم أقواهم قرابة ، والأقوى قرابة هو من تكون قرابته لأب وأم ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، ويقدم العم الشقيق على العم لأب ، وهكذا . وإن اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة كان كلاهما ولياً ، وأيهما زوج صح زواجه ، فإن زوج كلاهما اعتبر زواج المتقدم ، فإن لم يعرف المتقدم أبطل زواجهما ، لعدم ترجيح أحدهما على الآخر .

١٤٢ — وقد سرنا فى الترتيب السابق على ترتيب الميراث ، وقد حصل خلاف فى بعض الترتيب السابق ، وفى بعض الأحكام . ولنذكره ، وهاهوذا :

(ا) جرى خلاف فى تقديم ابن المعتوهة على أبيها فى زواجها ، فقد قال الشيخان : إن الابن وفروعه يقدمون على الأب ومن بعده ، لأن ذلك هو ترتيب العصبات فى التوريث ، وهو مبنى على مقدار قوة العصوبة فى كل جهة من هذه الجهات ، وكل درجة من درجاتها ، وعلى ذلك يكون التعصيب فى الابن أكثر من الأب ، والتعصيب سبب الولاية ، فيكون الابن أسبق .

وقال محمد الأب أولى ، لأنه أوفر شفقة . وأكثر خبرة . فكانت ولايته أقوى ، ولأن الأب تثبت له الولاية على النفس ، وعلى المال معاً . بينما الابن لاتثبت ولايته إلا على النفس . أى التزويج فقط ، فكان هذا دليلا على أن صلة الأب من حيث الولاية أقوى ، والعرف فى كل الأمصار والعصور على ذلك .

وروى عن أبى يوسف أنه قال أيهما زوج فزواجه صحيح ، أى أنه اعتبرهما فى درجة واحدة ، لأن كل واحد منهما قام به سبب من أسباب الترجيح ، فالأب أوفر شفقة ، وهو ولى المال ، والابن أسبق فى الميراث الذى هو أمارة قوة التعصيب ، فتعادلا ، فكانا فى درجة واحدة ، وإذا اجتمعا قدم الأب .

ويقول صاحب البدائع: الأفضل أن يفوض الابن الإنكاح (أى التزويج) إلى الأب احتراماً له ، واحترازاً عن موضع الخلاف .

(ب) إذا كان هناك وليان فى درجة واحدة وقوة قرابة وجهة واحدة ، فقد ذكرنا أنهما يكونان وليين ، وأيهما زوج فزواجه صحيح ، والزواج للسابق منهما ، أى أن الولاية تثبت كاملة لكل واحد منهما ، وقد قال بعض العلماء إن الولاية تثبت لهما مجتمعين ، أى أنه لايحل لواحد منهما أن يزوج وحده ، بل لابد من اجتماع رأيهما ، لأن مصلحة القاصر فى أن يجتمع رأياهما ، ولأن الولاية لأجل المصلحة ، وعند اختلافهما لاتتأكد هذه المصلحة.

وحجة الرأى الراجح فى المذهب الحنفى ، وهو الأول ـ أن الولاية لاتقبل التجزئة ، فإذا ثبتت تثبت كاملة ، وإذا ثبتت كاملة يكون لكل واحد منهما حق الانفراد .

(جـ) من المقرر أن الأقوى قرابة مقدم على من دونه ، فالأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب . وهذا رأى أبى حنيفه والصاحبين ، ولقد قال زفر :

إن الأخ لأب فى ولاية الزواج كالأخ الشقيق تماماً ؛ لأنهما قائمان مقام الأب وصلة الأخ الشقيق والأخ لأب بالأب واحدة ، لا رجحان لأحدهما على الآخر فى النسبة إليه ، ولأن أساس الولاية فى الزواج القرابة الأبوية ، فلا عبرة فيها بقرابة الأم ، فتعتبر هنا فى حكم اللغو ، فلا تفيد قوة ، ولا ترجيحا.

وحجة الإمام والصاحبين أن الولاية للعصبات وهى فى ترتيبها كالميراث والأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب فى الميراث ، فيقدم هنا ، والأم ليست ملغاة فى تقوية القرابة المورثة ، فكذلك هنا لا يلغى اعتبارها مرجحة .

(د) من البيان السابق فى الترتيب يتبين أن الجد الصحيح (وهو أبو الأب وجده وإن علا إذا لم تتوسط أنثى) مقدم على الإخوة الأشقاء أو لأب ، وظاهر عبارات الفقهاء أن ذلك بالاتفاق ، ولكن ذكر أبو الحسن الكرخى أن تقدمه على الأخوة هو رأى أبى حنيفة . أما الصاحبان فرأيهما أنه معهم على سواء ، فهو يشارك فى الولاية الأشقاء أو الأخوة لأب ، وذلك لأن أبا حنيفة يقدمه عليهم فى الميراث فيحجبهم ، والصاحبان يجعلانه معهم عصبة ، والترتيب فى ولاية الزواج يسير مع الميراث تماماً .

ولقد ذكر السرخسى فى مبسوطه أن الأصح هو تقديم الجد رأيهم جميعاً ، لأن الولاية فيها معنى الشفقة معتبر ، وشفقة الجد فوق شفقة الأخ .

١٤٣م — وإذا لم يكن للقاصر عصبات ، فإن الولاية تنتقل إلى ولى الأمر يتولاها القاضى الذى ذكر له ذلك فى مرسوم تعيينه ، وهذا عند محمد وأبى يوسف على الرواية المشهورة عنه ، وقال أبو حنيفة إن الولاية تنتقل إلى بقية الأقارب على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم فتنتقل الولاية إلى الأم ، ثم البنت ، ثم بنت الابن ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت . ثم الجد أبى الأم ، ثم الأخت لأب وأم ، ثم الأخت لأب ، ثم الأخوة والأخوات لأم ، ثم أولاد هؤلاء على الترتيب السابق ، ثم لسائر ذوى الأرحام العمات ، ثم الأخوال والخالات ، ثم بنات الأعمام ، ثم أولاد السابقين .

والأصل الذى قام عليه الخلاف بين الإمام والصاحبين أن الإمام يرى أن سبب الولاية هو القرابة وقوة الشفقة ، والصاحبان يريان أن سبب الولاية هو التعصيب ، لأن العصبات هم قبيلة المولى عليه الذين ينالهم عار الزواج أو نخاره ، ولأن النبى ﷺ قال : « الإنكاح إلى العصبات » فقد قصر الإنكاح عليهم ، فكان التعصيب هو السبب .

ووجهة نظر أبى حنيفة فى اعتبار القرابة الشفيقة سبب الولاية ـ أن هذه الولاية لمصلحة المولى عليها أولا ، وهؤلاء أولى من السلطان ، لأنهم أكثر عناية بالمصلحة منه ، بمقتضى صلة القرابة الشفيقة ، ولقد أثر عن عبد الله بن مسعود الصحابى الفقيه أنه أجاز لامرأته أن تتولى عقد زواج ابنة لها من غيره ، وما كان لمثله أن يجيز ، إلا وهو يعلم مصدر ذلك من علم الدين والراجح عند كمال الدين بن الهمام وغيره وهو رأى أبى حنيفة .

١٤٤ م — غياب الولى القريب : قد تبين مما تقدم أن الأولياء مرتبون ، كل ولى أقرب يحجب من بعده ، فالأخ يحجب ابن الأخ ، والأخ الشقيق يحجب الأخ لأب على ماعلمت فى ذلك ؛ وإذا غاب الولى القريب غيبة يخشى فوات الكفء إذا انتظر حضوره أو استطلع رأيه ، فقد قال أبو حنيفة أصحابه إن الولاية تنتقل إلى الولى الذى يليه فى الدرجة [1] وذلك لأن الولاية ثابتة للولى البعيد . كما هى ثابته للولى القريب . ولكن قدم القريب لأنه أولى ، فإذا تعذر عليه تولى العقد ، زالت أولويته ، فصار لمن يليه الحق فى التزويج بولايته هو ، لا بقيامه مقام الغائب . وإنما زالت أولوية القريب بغيبته ، لأن تقديمه كان لأنه أوفر شفقة ، فيكون أشد حرصا على المصلحة

---

(١) هذا رأى الجمهور ، ورأى الشافعى أن الولاية تكون للسلطان ، لأن ولاية من يليه ثابتة ، فبالغياب لاولى لها ، فتكون الولاية للسلطان ، وقال زفر تستمر ولاية الغائب وينتظر ، ولا تنقل لسواه ، لأن الغياب لايزيلها فهى قائمة ، ولاظلم حتى يتولى القاضى رفعه .

من غيره . وبغيبته تفوت المصلحة إذا انتظر ، فالسبب الذى قدمه هو الذى يجعل للحاضر سلطاناً بغيبته ، وإنما لم تثبت ولاية القاضى لأنه لاظلم ، حتى يرفع إليه أمره ، ولأن السلطان ولى من لاولى له ، وهنا أولياء كثيرون يسبقونه .

وإذا ثبتت ولاية التزويج للحاضر إذا غاب من هو أقرب منه ، فهل تزول ولاية الغائب الأقرب ؟ قال بعض المشايخ : تزول ولاية الغائب ، لأن الولاية تثبت لأجل المصلحة ، والغيبة جعلت رأى الأقرب غير منتفع به ، فلا تبقى ولايته . ولأنه لو بقيت ولايته لأدى إلى بعض الفساد ، لأنه ربما يزوج الغائب والحاضر ، فيفسد أحد العقدين لامحالة ولا ثمرة فى بقائها ، والذين قالوا هذا القول من المشايخ أكثر عدداً .

وقال بعض المشايخ : إن ولاية الغائب تستمر وأقصى ما أحدثته الغيبة أنها أزالت أولويته ، وجعلت الحاضر فى مرتبته ، وذلك لأنه لاتنافى بين الولايتين ، فتجتمعان . ولذلك نظير فيما إذا كان الوليان فى درجة واحدة ، وقوة قرابة واحدة . ويكون ثمة انتفاع للمولى عليه ، إذ لايفوت الانتفاع بولاية الحاضر ، الذى يجعله حضوره أكثر مراقبة للأمر . وبولاية الغائب الأقرب الذى تجعله شفقته الزائدة أكثر حرصاً على المصلحة .

١٤٥ م — امتناع الولى من غير سبب شرعى : إذا امتنع الولى من زواج من هو فى ولايته (كأن يكون المولى عليه مجنوناً وأثبت الطب أن فى الزواج علاجه أو ثبت أن مصلحة له فى زواجه ، ووجد الكفء) وكان امتناعه بغير سبب شرعى يبرره — فإن الولاية فى هذه الحال تنتقل إلى القاضى ، وإن لم يذكر فى مرسومه أن له ولاية التزويج ، ولكن بشرط ألا يعزله ولى الأمر عن مثل ذلك بتخصيصه إياه ، وذلك لأن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء لقوله ﷺ « فإن اشتجروا فالسلطان ولى

من لاولى له ، وإن ذلك الامتناع لايقل عن الاشتجار ، بل لايخلو من اشتجار الأولياء عليه ، إذ لايمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء . ولأن الامتناع من غير سبب شرعى يبرره ـ ظلم ، وولاية رفع المظالم للقاضى ، فهو الذى يتولى بالنيابة عن الولى الممتنع ، كمن يمتنع عن القيام بأمر واجب عليه ويؤدى الامتناع إلى ظلم ، فإن القاضى يتولى الأمر بالنيابة عنه ، إذا تعين طريقاً لرفع الظلم ، ألا ترى أن القاضى يبيع مال المدين لسداد ديونه ، إذا امتنع عن البيع والسداد ، لأن ذلك هو السبيل لرفع ظلم المطل .

ولأن القاضى إذ يقوم بالعقد نيابة عن الولى العاضل (أى الممتنع ظلماً) يكون عقد القاضى فى قوة عقد ذلك الولى ، فإن كان الولى هو الأب كان العقد فى قوة عقده ، وإذا كان هو الأخ كان فى قوة عقده ، وهكذا ، وإنما يعد الولى ممتنعاً بغير حق إذا كان ممتنعاً مع وجود الكفء ومهر المثل بلا سبب .

١٤٦ — الوصاية فى الزواج : هل للأب أن يقيم وصياً عنه فى الزواج ، كما له أن يقيم وصياً فى المال ، قال مالك رضى الله عنه : إن ذلك جائز ، لأن الوصى نائبه بعد الوفاة ، كما أن الوكيل نائبه فى الحياة ، وقال ذلك القول ابن أبى ليلى ، وقال إن نص الأب على الزوج صحت الوصاية بالزواج ، وقال بعض الفقهاء : إن كان لقاصر الأهلية ولى عاصب لايجوز الإيصاء ، لأن الولاية للعاصب ، فتعيين وصى مصادمة لحكم الشارع فلا يجوز ، وإن لم يكن للقاصر ولى عاصب ، فيجوز الإيصاء ، لأنه يكون ولاية خاصة ، فتقدم على ولاية القاضى العامة ، ولا مصادمة لحكم الشارع .

وقال جمهور الفقهاء : إن الإيصاء فى الزواج لايجوز ، لأن الإنكاح إلى العصبات بنص الحديث ، وهذا كلام يفيد القصر عليهم ، ولأن مصلحة الولى والمولى عليه تتلاقى فى الزواج ، ولا يتوافر ذلك فى الوصى إذا لم يكن منهم .

والمصلحة فى الزواج دقيقة تحيط بها عدة اعتبارات ، لذلك كانت الولاية لمن تكون مصلحتهم متفقة فى الجملة مع مصلحة المولى عليه ، بخلاف المال ، فإن المصلحة فيه تعرف بالكتاب والحساب ، فلا تخفى ، فيجوز فى الولاية المالية الإيصاء .

مراتب ولاية الإجبار

١٤٧ م — الأساس فى ثبوت ولاية الإجبار يتكون من أمرين :

(أولهما) الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه ، ورعاية أمره فى حالة قصره ، وفى قابل حياته بعده .

(ثانيهما) حسن الرأى وتخير أوجه النفع ، فإذا توافر هذان الأمران كاملين من غير شائبة تشوبهما كانت الولاية كاملة ، وكان العقد لازماً يلزم القاصر بعد زوال سبب القصر ، ولا يقيد الشارع ذلك الولى بأى نوع من القيود ، فلا يتقيد بكفاءة ، ولا مهر المثل ، أما إذا نقص أحد هذين الامرين ، بأن يكون الولى غير كامل الشفقة ، أو غير حسن التدبير ، فإن الولاية لا تكون كاملة ، فلا تشمل كل الأحوال ، ولا تكون مطلقة من كل القيود ، بل تكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة .

وعلى ذلك قسم الحنفية الأولياء إلى ثلاث مراتب :

المرتبة الأولى — الأب والجد والابن الذين لم يعرفوا بسوء الاختيار فلم يشتهروا بالمجانة والفسق ، وهؤلاء إذا عقدوا فالعقد صحيح لازم لا يدخله خيار بلوغ بالنسبة للصغار ، ولا خيار إفاقة بالنسبة المجنون والمجنونة . ويصح العقد ويلزم . سواء أكان الزواج من كفء وبمهر المثل أم كان من غير كفء وبأقل من مهر المثل مما يتغابن فيه الناس . أو لا يتغابنون . وذلك لأن وفور شفقة هؤلاء وعدم اشتهارهم بما يتنافى مع حسن الرأى . ورعاية المصلحة . يغنى عما عداه من القيود الظاهرة .

وهذا رأى أبى حنيفة ، ورأى الصاحبين أن العقد لا يدخله خيار بلوغ أو إفاقة ، ولكن لابد من الكفاءة ومهر المثل ، إذ لابد من التقيد بالمصلحة الظاهرة ، وذلك لأن هذه الولاية للمصلحة ، ولا مصلحة ظاهرة فى نقصان المهر أو عدم الكفاءة ، ووجهة أبى حنيفة أن الأب والجد والابن موفورو الشفقة ينظر كل واحد منهم إلى مصلحة المولى عليه بقدر ما ينظر لنفسه ، ويقدم على الزواج من غير كفء وبدون مهر المثل ، لاعتبارات أخرى كالأخلاق ومايرجى من حسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ، وغير ذلك من المعانى المقصودة فى الزواج . وغير هؤلاء ليس فيهم هذه الشفقة ، فاشترطت المصلحة الظاهرة .

المرتبة الثانية — الأب والجد والابن الذين عوفوا بسوء الاختيار أو اشتهروا بالمجانة والفسق ، وقد اتفق أبو حنيفة وأصحابه على أنه يجوز تزويج واحد منهم إلا من كفء وبمهر المثل ، فإن زوج من غير كفء أو بأقل من مهر المثل لم يصح[1] العقد ، وإن كان الزوج من كفء وبمهر المثل صح العقد لازما ، وليس فيه خيار بلوغ أو إفاقه ، والتقيد بالكفاءة لازم سواء أ كان المولى عليه ذكراً أم كان أنثى ، لأن هؤلاء وإن توافرت شفقتهم لم يعرف حسن رأيهم بل ساء تدبيرهم ، واشتهروا بذلك ، فكانت الولاية ناقصة ، فدرىء النقص باشتراط الكفاءة ومهر المثل .

---

(١) اختلفت عبارات الكتب فى فساد هذا العقد ، فعبارة ابن عابدين أنه لا ينعقد فاسدا ، ولكن يكون للمولى عليه إبطاله بعد زوال القصر ، ولكن جاء فى البحر مانصه : قد وقع فى أكثر الفتاوى فى هذه المسألة أن النكاح باطل ، فظاهر أنه لم ينعقد ، وفى الظهيرية يفرق بينهما ، ولم يقل باطل ، وهو الحق »

وقد قالوا إن هذه الحال إذا كان الأب مشهوراً بسوء الاختيار والفسق ، فإن لم يكن مشهوراً لا يبطل إذا كان بغير كفء أو ليس بمهر المثل ، وعلى ذلك يقولون إذا زوج الأب بنتاً له وهو غير مشهور بسوء الرأى ثم اشتهر ، فالزواج صحيح من غير قيد ولا شرط (ابن عابدين) .

المرتبة الثالثة — بقية العصبات غير الأب والجد الصحيح والابن ، وهؤلاء شفقتهم ليست كاملة ، لأن قرابتهم قرابة الحواشى . وليست من حيث الشفقة كقرابة الولادة ، وقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على أنه فى هذه المرتبة لا يصح الزواج إلا بكفء ، وبمهر المثل ، فلا يصح بأقل من مهر المثل ، إن كان المزوج أنثى ، ولا يصح بأكثر من مهر المثل إن كان المزوج ذكراً ، وذلك لأن نقص الشفقة اقتضى التقييد بالمصلحة الظاهرة ، إذ لا يمكن الاعتماد على المقاصد المصلحية الخفية لعدم وفور الشفقة التى تجعلهم كالآباء والأبناء .

ومع أن الولاية تثبت مقيدة بالكفاءة ومهر المثل ، فإنه إذا صح العقد لا يكون لازما بالنسبة للقاصر ، بل له الفسخ إذا زال سبب القصر ، فإن كان سبب القصر الصغر فله الفسخ بخيار البلوغ ، وإن كان سبب القصر الجنون واستغراق ، فله الفسخ بخيار الإفاقة . ولذلك جاء فى فتح القدير : « غلام بلغ عاقلا ، ثم جن ، فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقا . . . فإن أفاق فلا خيار له ، وإذا زوجه أخوه فله الخيار » .

وكان ثبوت الخيار بعد زوال سبب القصر ، لأن عقد الزواج هو عقد الحياة ، كما علمت ، فلا يصح أن يلزم الشخص بعقد لم يتوله بنفسه ، ولا يعتبر مثل نفسه ، بل أشد غيرة ، وهو الأب والجد والابن أحياناً ، ولذا كان له الحق فى النظر من جديد فى شأنه بعد زوال قصره ، فإن رضى ببقائه بقى ، وإن لم يرض ببقائه نقضه القاضى بطلبه .

١٤٨ — وثبوت خيار البلوغ أو الإفاقة أى حق الفسخ عند زوال القصر هو رأى أبى حنيفة ومحمد ، وأبى يوسف فى قوله الأول — أما قوله الأخير ، فالنكاح من غير الأب والجد والابن بعد تحقق شروط الكفاءة ومهر المثل لا خيار للقاصر فى فسخه بعد زوال القصر ، وذلك لأن الشارع أقام الولى نائباً عن القاصر ، فكأن القاصر قد عقده ، ولا يصح نقض

ما قام به نائبه الذى كان كشخصه ؛ ولأن العقد كان فيه مصلحة ظاهرة ، وأقر الشارع تنفيذه لهذه المصلحة ، فلا يصح أن يفسخ بعد إقرار الشارع له، واعتبار وجه المصلحة فيه ؛ إذ إثبات الخيار إنما يكون لدفع الضرر ، ولقد قرر الشارع أنه لا ضرر فيه بما احتاط من قيود ، وبتنفيذه لأحكام العقد .

وقد احتج الطرفان بأن النبى ﷺ أثبت الخيار لابنة عمه حمزة لما زوجها من ابن أبى سلمة ، وقد وردت آثار فى ثبوت ذلك الخيار عن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ، وبأن هناك أضراراً خفية معنوية من سوء العشرة أو جفاف الطبع . وهذه أضرار لها مكانها فى الزواج ، ولا تضمن ملاحظتها من غير الأب والجد والابن ، لذلك كان للقاصر بعد زوال قصره أن يلاحظها بنفسه فيعطى حق طلب الفسخ ، إن وجد ضرراً من هذا النوع .

ويجدر بنا أن ننبه إلى أمرين كانا موضع نظر ؛ (أحدهما) ولاية القاضى أيثبت فيها خيار بعد زوال سبب القصر ؟ لقد قسم ابن عابدين ولاية القاضى إلى قسمين : (القسم الأول) ولاية يتولاها باعتباره ولى الزواج ومرتبته آخر المراتب ، وهذه يثبت فيها خيار البلوغ أو الأفاقة . (والقسم الثانى) ما يتولاه القاضى من عقود رفعاً لظلم امتناع الولى عن التزويج من غير مبرر شرعى ، وقد استظهر ابن عابدين فى هذا القسم أن تتبع قوة ولايته أى ولاية الولى العاضل ، فإن كان الممتنع الأب أو الجد أو الابن لم يكن للقاصر الفسخ عند زوال القصر ، وإن كان العاضل غير هؤلاء ، فللقاصر الفسخ بخيار البلوغ أو الأفاقة .

(الأمر الثانى) إذا زوجت الأم (وهذا جائز عند أبى حنيفة) أيثبت الخيار بعد زوال القصر ، أم لا يثبت ؟ عن أبى حنيفة فى ذلك روايتان :

(إحداهما) وهى الأصح أن الخيار يثبت ؛ لأن ولايتها تلى مرتبة العصبات من الحواشى ، وهؤلاء يثبت الخيار فى تزويجهم ، فأولى أن يثبت فيها ؛ إذ ولايتهم أقوى ، ولأنها وإن كانت موفورة الشفقة إلى أقصى حد ، تدبيرها غير كامل ، فلم تكن ولايتها كاملة .

(والرواية الثانية) وهى غير الراجحة : أن الخيار لايثبت لوفور الشفقة إلى أقصى حدودها ، فتتوافر وجوه المصلحة الظاهرة والباطنة ، فلا حاجة إلى الخيار من بعد .

١٤٩ م — وإذا ثبت الخيار بالبلوغ ، أو الأفاقة ، فإنه لا يتم الفسخ إلا بشرطين (أولها) ألا يظهر بعد زوال القصر ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار . (ثانيهما) الطلب من القاضى ، ولا يتم الفسخ إلا بحكم القاضى ، وقبل أن يحكم القاضى بالفسخ الزواج قائم ، وحقوقه ثابتة ، فتجب الطاعة ، ولا يسقط أى حق من حقوق الزوجية لأى واحد من الزوجين قبل الآخر ، وإذا مات أحدهما قبل الحكم ورثه الثانى ، ولو كان هو طالب الفسخ ، وذلك :

(١) لأن حق الفسخ بخيار الإدراك (أى خيار البلوغ والإفاقة) حق ضعيف ، وكان ثبوته موضع خلاف بين الفقهاء ، ولذا احتاج فى تمامه إلى حكم القاضى ليقوى به .

(٢) ولأن النكاح أوجد حقوقا شرعية قائمة على أساس شرعى صحيح ، وكل حق وملك ثبت بأصل شرعى لا يزول إلا بالتراضى أو حكم القاضى ، فكان لابد من حكم القضاء .

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ ، لا لثبوت الخيار ، ولذلك كان عمل القاضى هو التحرى من أنه لم يحصل رضا بالعقد بعد زوال القصر ، ويقضى

برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد ، ويقضى بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار .

ويبطل الخيار بالرضا بالعقد صراحة أو دلالة ، فالرضا صراحة مثل اخترت النكاح ، أو رضيت بالزواج أو أجزته أو نحو ذلك من العبارات المعلنة للرضا ، وأما الرضا بطريق الدلالة ، فهو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح ومنه سكوت البكر عقب البلوغ إذا علمت بالزواج والبلوغ ، لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها ، إذا أعلمها الولى بالزواج والمهر ليستشيرها فى إنشاء الزواج ، فأولى أن يكون دليلا على الرضا بعقد موجود ثابت ، لأن الرضا فى الإنشاء ألزم من الرضا فى الإبقاء . ومن الرضا دلالة الدخول بعد البلوغ ، وطلبها تقدير النفقة وطلب المهر ، قبل طلب الفسخ .

والبلوغ أو الإفاقة سبب الخيار ، ولكن العلم بالنكاح شرط لبطلان الخيار بالسكوت ، فإذا سكتت البكر بعد البلوغ غير عالمة بالنكاح فإن السكوت لا يعتبر رضا .

هذا ، وإن الرضا إنما يعتبر مسقطاً للخيار إذا كان بعد البلوغ ، لأن الإسقاط لأمر شرعى لا يكون إلا بعد وجوده . وقبل البلوغ أو الإفاقة لم يوجد الخيار ، فلا ترد عليه المسقطات ، فالرضا أو الفسخ قبل البلوغ أو الأفاقة لا قيمة له ولا اعتبار .

١٥٠ — وقبل أن نترك الكلام فى ولاية الإجبار فى الزواج نقول كلمة موجزة فى زواج الصغار والمجانين فى القوانين المصرية .

أما بالنسبة للمجانين فلم يوجد ما يمنع الولى من زواجهم ذكوراً كانوا أو إناثاً ، إذا كانوا كباراً ، فالولاية الشرعية للعصبيات ثابتة من غير مانع إلا فى النواحى المالية التى جرى العمل على استئذان المحكمة الحسبية بالنسبة لها .

أما الصغار فإن زواجهم إلى ما قبل القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ، ولم يكن فيه ما يقيد الأولياء ، وهذا القانون بلا ريب قد قيد حرية الأولياء عند توثيق العقد ، إذ أنه فى سبيل تنفيذ أحكامه منع الموثقون من توثيق العقد إلا إذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لاتقل عن ست عشرة سنة ، وسن الزوج لا يقل عن ثمانى عشرة [1] .

ولقد كان الحكم الجوهرى فى ظاهر للقانون ألا تسمع الدعوى إذا كانت سن الزوجين وقت الإنشاء دون هذه السن المحددة ، ولو كانت عند التقاضى لا تقل عن هذه السن ، ولكن رؤى فى قانون المحاكم الشرعية الصادر فى سنة ١٩٣١ أن يكون التقيد بهذه السن عند التقاضى ، لا عند الإنشاء ، فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ما نصه :

« كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كان سن الزوجين وقت العقد أقل

---

(١) أصدرت وزارة العدل المنشور رقم ٥٨ المؤرخ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ يتضمن التعليمات الخاصة بالاستيثاق من استيفاء شروط السن ، وخلاصتها (ا) أن الذين لا يشتبه فى بلوغهم السن من الرجال والنساء الكبار تدون الوثيقة الخاصة بزواجهم من غير طلب شهادة بسنهم ، وينص فى الوثيقة على ذلك . (ب) وأن من يشتبه فى حقيقة سنهم تقدم شهادة ميلاد دليلا ، أو شهادة طبيب واحد ، أو أى ورقة رسمية يكون تقدير السن فيها لازما كإعلام رفع الوصاية ، ولان لم يكن شىء من ذلك فلابد من شهادة اثنين ممن لهم معرفة الزوجين .

هذه خلاصة المنشور ، وترى فيه أن يعتبر شهادة اثنين من أدلة بلوغ السن ، فتكتب الوثيقة بشهادتهما . ولقد كان بعض الشهود يكذب ، فيذكر سنا غير صحيحة ، واختلف فى اعتبار ذلك تزويراً فى وثيقة رسمية حتى أصدرت محكمة النقض حكما لم تعتبره تزويراً فى ورقة رسمية إذ كان الكذب فى غير موضوع الورقة الرسمى ، وعقب ذلك صدر المرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ ، ونص على عقاب الشهود الذين يدلون بمعلومات كاذبة خاصة بالسن فى وثيقة الزواج ، وجاء فى مادته الثانية « يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنتين ، وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد بيان بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً لضبط عقد الزواج أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق ، ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون » .

من ست عشرة سنة للزوجة ، وثمانى عشرة سنة للزوج ، سواء أكانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد ، فرؤى تيسيراً على الناس . وصيانة للحقوق واحتراماً لآثار الزوجية أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة ، وهى ما إذا كانت سنهما أوسن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحدودة .

وقد بنى ذلك القانون على أمرين :

(أحدهما) أن لولى الأمر سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ، وبمقتضى ذلك الأصل منع ولى الأمر القضاء من سماع دعوى الزوجية أو أى أثر من آثارها المبنية فى الدعوى على الزوجية إذا كانت سن أحد الزوجين وقت التقاضى دون السن المحدودة » .

(ثانيهما) ما قرره عثمان البتى وابن شبرمة وأبو بكر الأصم من أن زواج الصغار لا يصح ، لأنه لا ولاية لأحد عليهم فى الزواج ، إذ الولاية فى الزواج تثبت على المولى عليه لأجل حاجته ، ولا حاجة عند الصغار ، إذ هو عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ ، وقد بينا ذلك الرأى فى صدر كلامنا فى ولاية الإجبار .

بيد أن القانون لم يسر فى مسار هؤلاء الفقهاء ، لأنه لم يتعرض لصحة الزواج ، بل اتجه فقط إلى سماع الدعوى . بينما رأى أولئك يتجه إلى بطلان العقد كما بينا ، لعدم وجود الولاية ، وإنما اتجه ولى الأمر فى مصر ذلك الاتجاه ليكون قانونه فى الجملة متلائماً مع رأى جمهور الفقهاء معتمداً على أصولهم ، فاكتفى بمنع سماع الدعوى . حيث لايكون متبعاً لغرائب الفتاوى التى تعد شاذة عند جمهور العلماء .

ولقد ضيق النظام . فمنع ضبط عقد الزواج إذا لم يكن متفقاً مع شروط سماعها وسد باب الكذب والتزوير بوضع العقوبات الرادعة المانعة .

ويلاحظ أن منع السماع لعدم بلوغ السن غير مقيد بحال الإنكار ، بل

ثبت المنع سواء أكان فى حال إنكار أم تصديق ، كما يلاحظ أنه لا تزال ثمة ثغرة يمكن بها المخالفة ، وذلك بإنشاء عقد الزواج غير موثق ، إذا كانا غير بالغين هذه السن ، ثم يترافعان عند بلوغ السن بأثر من آثار الزواج ، ويتصادقان على الزواج ، فيكون التصادق وثيقة رسمية ، ولكن من النادر أن يقدم أحد على ذلك ، لأنه عقد له خطره فلا يقدم عليه أحد إلا فى نور ، لا ظلام فيه .

١٥١ — شروط الولى : يشترط فى الولى أن يكون كامل الأهلية ، لأن فاقد الأهلية لا عبارة له - بل عبارته ملغاة ، وناقص الأهلية ليست له ولاية تزويج نفسه ، فأولى ألا يملك تزويج غيره ، وعلى ذلك يجب أن يكون الولى عاقلا بالغاً حراً - ويشترط اتحاد الدين بين الولى والقاصر ، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم ، كما لا ولاية للمسلم على غيره ، ولأن الزواج عقد دينى ، فيجب أن يكون متوليه على دين القاصر ، ولأن الولاية فى الزواج تتبع التوريث بالتعصيب ولا ميراث بين المسلم وغيره .

١٥٢ — وهل تشترط العدالة فى الولى ؟ قال أحمد والشافعى فى أحد قوليهما ليس للفاسق ولاية التزويج ، لما روى من أنه لا نكاح إلا بولى مرشد . وشاهدى عدل ، وليس الفاسق بمرشد ، فلا يكون ولياً .

وقال أبو حنيفة ومالك ، وأحمد والشافعى فى قولين آخرين لهما : إن الفاسق لا تسلب منه ولاية التزويج ، لأن الخطاب عام لكل المكلفين بتزويج من فى ولايتهم مثل قوله عليه السلام : (زوجوا بناتكم الأكفاء) وهو يشمل الفاسق والعادل ، ولأن الولاية للمصلحة وسببها الشفقة ، وهما أمران متوافران فى الفاسق ، فلم يحرم التقدير ، ولم تنكر عليه الشفقة ، وقد انعقد إجماع الناس من لدن عهد النبى فى كل العصور على عدم منع الفاسق العاقل من تزويج أولاده وبناته .

ولاية الاختيار

١٥٣ — ولاية الاختيار أو الشركة تكون على البالغة العاقلة ، مهما تكن درجتها من الرشد . وقد أثبتها الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، وأثبتها الزيدية ، ورواية عن أبي يوسف ، ولم يثبتها أبو حنيفة مع صاحبه أبي يوسف في الرواية المشهورة عنه . وأساس هذه الولاية أن البالغة العاقلة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها ، بل لوليها سلطان معها ، فهما شريكان في زواجها ، لاينفرد دونها بالزواج ، ولا تنفرد به بل تشتركان ، ويتولى هو الصيغة ، لأنهم يرون أن النساء لايتولين إنشاء العقد ، ولا ينعقد بعبارتهم قط ، وإن كان لابد من رضاهن .

وخالف كما ذكرنا أبو حنيفة وأبو يوسف سائر الفقهاء ، وقالا للمرأة أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراك وليها ، ولها أن تنشىء العقد بعبارتها ، وهو ينشأ بعبارة النساء صحيحاً ، ولكن يستحب أن يتولى ذلك وليها ، وأن يكون عنه راضياً ، وقد استدل لرأيه (١) بأن النكاح أسند إليها في القرآن ، فقد قال تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد ، حتى تنكح زوجاً غيره » فقد أسند إليها العقد . فصح أن تتولاه بنفسها ، وقال تعالى «إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن» فأسند النكاح إليهن ، وعند منعهن من تولى العقد ظلماً وعضلا ، فصح أنهن يتولين صيغة العقد .

وهذه نصوص تثبت صحة العقد بصيغة المرأة ، وهو أحد شطرى الدعوى التي أنكرها الجمهور ، وادعوا نقيضها ، وأما الشطر الآخر ، وهو أن النساء لا يجب أن يشترك معهن وليهن في أمر زواجهن ، فحجته ماورد من الآثار المثبتة أن المرأة تملك نفسها ، وأن ليس لأحد عليها سلطان مادامت لم تختر غير كفء ، فقد ورد ان النبي ﷺ قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً .

وإن القياس يوجب انفراد المرأة بأمر زواجها من وجوه :

(أحدها) أن لها أن تتولى أمر مالها ، وليس لأحد عليها سلطان في شأنها . ولا فرق بين الأمرين ، لأن العلة هي كمال الولاية ، وقد سوغ لها التصرف المالي الذي قد يكون موضع الحجر مع العقل ، فبالأولى يسوغ لها الزواج .

(وثانيها) أن البلوغ مع العقل كاف لإثبات ولاية الزواج كاملة بالنسبة الشاب . فتثبت الولاية كاملة بالنسبة للفتاة .

(وثالثها) أن الولاية إنما تكون حيث الحاجة إليها ، بسبب عجز العقل عن إدراك الأمور ، وليس ثمة حاجة توجب هذه الولاية ؛ ولو كانت اختيارية أو اشتراكا في اختيار الزوج .

واستدل الجمهور لإثبات دعواهم بأن المرأة ليس لها أن تتولى الزواج ، بأن القرآن الكريم أضاف إنشاء العقد إلى الأولياء في قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » والإنكاح هو تولى إنشاء العقد . وإن هذا العقد لكمال خطره لا يتولاه النساء ، وعرف الناس جرى على ذلك .

وأما إثبات الشطر الثاني من الدعوة ، وهو أنه لابد من إذن الولي واشتراكه في الاختيار ، فهو قوله ﷺ : أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ، وفي معنى هذا الحديث آثار كثيرة . وإن المصلحة في ذلك لأن عقد الزواج عظيم الخطر ، والرجال صناديق مغلقة لا تعرفهم النساء المعرفة الحق ، لأنهن ملتزمات أخدارهن ، والبرزات منهن يؤثر فيهن الحس ، فيسرن في أحكامهن وراءه ، ولا ينظرن إلى ما يختفي ولذلك كان من مصلحتها أن يشترك معها وليها في اختيار زوجها ، فإنه يختبر ويبحث من غير أن يستهويه منظر أو مظهر ، وإن ذلك العقد الخطير يعود

على الولى بالعار ، أو الفخار ، لأن الزواج ربط بين أسرتين . والولى يؤذيه زواجها من خسيس ويشرفه زواجها من شريف ، فلم يكن لها أن تستبد بالعقد .

وليس عقد الزواج كالعقود المالية ، لأن خطرها ليس كخطره ، ولأن التخلص من آثارها سهل والغبن فيها لا يؤثر فى سير الحياة واتجاهها ، وليس هناك ناحية استهواء يضل فيها الفكر ، كالشأن فى علاقة النساء بالرجال [(١)].

هذا هو الخلاف بين أبى حنيفة وجمهور الفقهاء ، هم يرون أن الزواج لا ينعقد بعبارة النساء ، وأن المرأة ليس لها أن تنفرد باختيار زوجها من غير رضا وليها ، وأبو حنيفة يرى أن لها أن تنفرد من غير أن تشرك وليها فى أمر زواجها ، وأن عبارتها تنشىء العقد ، وقد توسط أبو ثور من أصحاب الشافعى ، فقال : إن المرأة ليس لها أن تنفرد من غير اختيار وليها ، بل لا بد من رضاه ، وإن رضى فلها أن تعقد هى العقد .

والحق أنه إن كان راضياً بالزواج يندر بل يبعد أن تتولى هى صيغة العقد إنما يتصور إنشاؤها العقد ، إن كانت مراغمة له . ولم تلتفت إلى رضاه .

١٥٤ — أجاز أبو حنيفة للمرأة أن تزوج نفسها . ووافق الإمامية أبا حنيفة فى الجواز ولم يوافقوه فى كل ما اشترطه فى الكفاءة ، فهو قد شدد فى اشتراط الكفاءة فيمن تختاره . فإذا كان قد خالف جمهور الفقهاء فى إطلاق حريتها ، فقد احتاط لحق وليها ، فاشترط الكفاءة للزوم العقد بالنسبة للولى

---

(١) ذكر القرافى فى فروقه وجوها فى الفرق بين الزواج والتصرفات المالية بالنسبة للمرأة منها : (١) أن الأبضاع أشد خطراً ، والأموال خسيسة بالنسبة لها مهما عظمت قيمتها فناسب فى الأبضاع بالنسبة للمرأة أن يشترط وليها معها . (٢) وأن الأبضاع يعرض لها تحكم الهوى الذى يغطى عقل المرأة ، ولا يحصل فى المال مثل هذا الهوى والشهوة القاهرة (٣) وأن المفسدة إذا حصلت فى الأبضاع بسبب زواج غير الكفء حصل الضرر وتعدى الأذى إلى الأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء ، وإذا حصل الفساد فى الأموال لا يكاد يتعدى المرأة . . وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوج نفسها ، فقال : « المرأة محل الزلل ، والعار إذا وقع لم يزل » . ملخص عن الفروق .

أو صحته كما اشترط أن يكون المهر مهر المثل ، وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين من قيدوا حرية اختيارها وأشركوا معها الولى فى أنهم احتاطوا لحق الولى ، فاشترطوا أخذ رأيه قبل العقد ، ليكون كما يريد . وأبو حنيفة أعطاها الحرية ، واحتاط لحق الولى ، فجعل له حق الاعتراض إن كان المهر دون مهر المثل ، وجعل العقد غير صحيح ، إن لم يكن الزوج كفئاً ، أو للولى حق الاعتراض على اختلاف الروايات ، فهو حد حق الولى ، وهم أطلقوه ، وهو لم يجعل له سلطانا عند الإنشاء ، وهم جعلوا له ذلك السلطان .

وإذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، فقد قلنا إن أبا حنيفة يجعل للولى حق الاعتراض حتى يبلغ مهر المثل أو ينسخ العقد ، لأن الأولياء يعيرون إذا كان المهر دون مهر مثلها ، وقال أبو يوسف ليس للولى الاعتراض ، لأن ذلك ليس موضع عار ملازم ، ولأن لها الإسقاط مهما تكن التسمية ، فلا جدوى فى الاعتراض ورفعه إلى مهر المثل ، ثم إسقاطه بعد ذلك

وإذا زوجت نفسها من كفء ، فعلى ظاهر الرواية يكون للولى حق الاعتراض ، وعلى رواية الحسن بن زياد يكون العقد فاسداً ، إذا كان لها ولى عاصب ، وقد رجح ذلك صاحب فتح القدير . لأنه ليس كل واحد يرفع الأمر إلى القضاء ، وليس كل قاض يقضى بيسر من غير مشقة ، وقد يدخل بها فى أثناء ذلك ، فيكون منه الولد ، فلا يرفع عار ولا ترجى مصلحة

وقال بعض الفقهاء : له الاعتراض ، حتى تلد ، وألحق بعضهم الحمل الظاهر بالولادة .

وقد قال أبو حنيفة إنه يستحب أن يزوج البالغة العاقلة وليها ، وأنه لا بد من رضاها باتفاق الفقهاء . فإذا استأذنها فرضيت أنشأ العقد بتوكيلها . وإن لم ترض لا ينشأ العقد نافذاً بالاتفاق والرضا دلالة يكفى ، ومن الرضا دلالة سكوت البكر إذا علمت الزوج والمهر من الولى ، لأنها تستحى أن تعلن القبول ، ولا تستحى أن تعلن الرفض ، ولأن النبى ﷺ قال فى البكر : « إذنها صماتها » .

الوكالة فى الزواج

١٥٥ — من القواعد المقررة أن من ملك تصرفا ملك التوكيل فيه إن كان فى ذاته يقبل الإنابة ، وعقد الزواج يقبل الإنابة ، فيجوز التوكيل فيه ، فيملك صاحب الشأن أو وليه أن يوكل فيه ، ويصح من الرجل والمرأة على سواء عند أبى حنيفة ، لأنه يجيز لها أن تنشىء العقد بنفسها ومن يتولاه يكون وكيلا عنها إذا كانت بالغة عاقلة ، وعند جمهور الفقهاء وليها [١] يتولى عنها من غير توكيل ، إذ هو الذى يملك إنشاء العقد ، وإن كان لابد من رأيها ، فلا حاجة إلى توكيلها ، إنما الحاجة إلى رضاها .

ولا حاجة فى التوكيل إلى شهادة ، لأن التوكيل ليس جزءاً من عقد الزواج[٢] ولكن تستحسن الشهادة حتى لا تجرى مشاحة فى صفة العاقد .

والتوكيل يجوز مطلقاً ومقيداً ، لأنه كسائر العقود غير اللازمة يجوز تقييده بكل شرط ، سواء أكان التقييد فى الطرف الآخر . أم كان التقييد فى المهر . فالتقييد فى طرف الشخص الآخر ، كأن يوكله بالتزويج من امرأة معينة ، أو من أسرة معينة ، أو قبيلة معينة ، أو توكله بالتزويج من شخص معين ، أو بالقيود السابقة ، والتقييد فى المهر يكون بذكر مقدار معين .

والمطلق لا يذكر الموكل فيه قيداً لا فى الشخص [٣] ولا فى مقدار المهر .

وإذا قيد الوكيل بشخص بعينه ، أو على مهر مقدر بمقدار معلوم ، فلا تجوز المخالفة ، فإن وافق العقد إرادة الموكل نفذ العقد ، وإن خالف

---

(١) قال بعض الشافعية إنه لاحاجة الى توكيل الأب والجد ، وغيرهما لابد من التوكيل له

(٢) روى عن الحسن بن صالح أنه لابد من شاهدين .

(٣) منع بعض الفقهاء صحة التوكيل المطلق ، لعدم تعيين محل العقد ، وللغرر والجهالة.

إرادة الموكل من التقييد كان العقد موقوفاً ، فإن أجازه الموكل نفذ ، وإن لم يجزه بطل ، لأن العاقد كان فضولياً ، إذ خرج عن حدود الوكالة .

وعلى ذلك إذا قيد الزواج من شخص يكون فضوليا إن زوجها من غيره وكذلك إذا كان الموكل هو الزوج ، وإذا كان الموكل هو الرجل ، وقيد الوكيل بمهر معين ، فلا ينفذ العقد إذا زوجه بأكثر ، لأنه يكون فضولياً وإن تعهد الوكيل بالزيادة والتزم أن يؤديها ، إذ ليس كل شخص يقبل منه العطاء . وخصوصا فى مهر زوجته ، وإن زوجه بأقل مما يقدر لا يكون العقد موقوفاً ، لأنه يوافق إرادته وإن لم يكن بما سمى ، لأن من يرضى بالكثير يرضى بالقليل ، فالمخالفة صورية لم تخالف فيها الإرادة الحقيقية ، وإن كان مصراً على الكثير ، فليزده إن أراد .

وكذلك الحكم إن قيدت المرأة الوكيل بمهر معين ، وخالف إلى أقل لا ينفذ العقد ، وإن خالف إلى أكثر ينفذ ، ولا يكون فضولياً لأنها إن رضيت بالقليل ترضى بالكثير ، فلم يخالف إرادتها ، وإن خالف لفظها وإذا كانت مصرة على القليل فلتسقط الزيادة إن أرادت[١] .

١٥٦ — وإن كان التوكيل مطلقاً بالنسبة للشخص ، أو بالنسبة للمهر أو بالنسبة لهما معاً ، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل ؟

إن كان الموكل هو الرجل ، فقد قال أبو حنيفة لا يتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة ولا بمهر المثل ، وقال الصاحبان يتقيد بالكفء والسليمة عند الإطلاق ، ويتقيد بمهر المثل ، ولا يزيد إلا بما يتغابن فيه الناس عادة . فعند عدم تعيين الزوجة بأن كان الإطلاق فيها فقط ، فأبو حنيفة يقول له أن

---

(١) إذا حصلت مخالفة للشروط التى قيدت بها الوكالة ولم يعلم الموكل بالمخالفة ، فإن العقد يستمر موقوفا ولو حصل دخول ، فإن علم وأجاز اعتبر الدخول فى عقد صحيح ، لأن الإجازة جعلته نافذا من وقت صدوره ، وإن لم يجز بطل العقد ، واعتبر الدخول دخولا فى عقد فاسد قويت الشبهة فيه ، ويجب مهر المثل لا يتجاوز المسمى . ولا يثبت نفقة .

يزوجه بالسليمة والمعيبة بعور أو عرج ولو كانت مقعدة أو شلاء، كفئا كانت أو غير كفء، وعند إطلاق المهر يزوجه بمهر المثل وبزيادة يتغابن فى مثلها أو لا يتغابن، وذلك لأن التوكيل مطلق، ومقتضى الإطلاق أن يزوجه بمن ينطبق عليها اسم المرأة، ولا موجب للتقييد بامرأة دون الأخرى إذ لا دليل يوجبه، ومن الناس من يرغب فى غير المكافئات فى النسب، لأنه يرى فيهن تطامنا وطاعة لا يراها فى ذات النسب فيكون ذلك مرغباً له فيهن.

وقال الصاحبان إن اللفظ وإن كان مطلقاً فالعرف يقيده، لأن طالب الزواج يطلب أكمل امرأة تليق به، ولا يطلب أبعد النساء عن الملاءمة فيجب أن ينصرف اللفظ إلى ذلك، وهذا لا يتحقق إلا فى الكفء السليمة ولأن من يوكل غيره فى أمر زواجه إنما يستعين برأيه، فإن فوض إليه فإنما يفوض أمره إلى ثقة. وثق بحسن اختياره. وهذا يقتضى أن يكون التوكيل مقيداً فى المعنى بالكفاءة والسلامة، وكذلك يفسر الإطلاق فى المهر، فإن العرف يقيده بمهر المثل لا يزيد.

وإذا كان التوكيل من جانب المرأة، فإن كان الموكل وليها، أو هى إذا كانت بالغة عاقلة، فهل تتقيد الوكيل بالكفاءة ومهر المثل عند الإطلاق فيهما؟

إذا كان الولى هو الموكل، وهو يملك التزويج بغير كفء وبأقل من مهر المثل كالأب والجد. فنى هذه الحال يملك الوكيل التزويج من غير قيد الكفاءة ومهر المثل عند أبى حنيفة لأن الوكيل يستمد السلطان من الموكل فهو على قدر سلطانه. وإذا كان الولى لا يملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل فبالاتفاق يكون الوكيل مقيداً بهما [1] لأن موكله لا يملك غير ذلك، وإذا كانت البالغة العاقلة هى التى وكلت ولها ولى عاصب فإن الوكيل مقيد بالكفء لأن تزويجها نفسها من غير كفء غير صحيح على القول الراجح، فيكون

---

(١) ومثل ذلك إذا كان الموكل هو ولى الزوج إذا كان لا يملك التزويج إلا بالكفاءة ومهر المثل، فبالاتفاق لا يملك الوكيل إلا ما يملكه الولى الذى وكله.

الوكيل مقيداً بالكفء لأنه يملك ماتملك هى فقط ، وإن لم يكن لها ولى عاصب فقد اختلفت عبارات الكتب . وظاهر عبارة البدائع أن الخلاف بين الإمام والصاحبين يجرى هنا .

فأبو حنيفة يجعل الوكيل غير مقيد ، وأبو يوسف يجعله مقيداً ، ولكن ظاهر عبارة فتح القدير أن أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة ، ويفرق بين الرجل والمرأة بأن المرأة تعير بغير الكفء فيتقيد إطلاقها بخلاف الرجل فإنه لايعير ، فلا تكون الكفاءة قيداً عند إطلاقه لفظ التوكيل[1] وعلى ذلك إذا زوجها من غير كفء فبالاتفاق يكون الزواج موقوفاً على إجازتها على منهاج صاحب فتح القدير ، وهو نظر سليم .

هذا بالنسبة للكفاءة إذا كان الموكل هو البالغة العاقلة ، أما بالنسبة للمهر فالخلاف بين الإمام والصاحبين يجرى ، فالإمام سار على أن التوكيل مطلق لايوجد مايقيده ، والصاحبان يريان أن هناك مايقيده ، وهو العرف ، وأن الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة ، وهى تكون بالزواج بمهر المثل ، ولا ينقص ، وقال : قال ابن عابدين فى ذلك : وإن لم يذكره (أى المهر) فزوجه بأكثر من مهر المثل بما لايتغابن فيه الناس ، أو زوجها بأقل منه كذلك صح عنده ، خلافا لهما ، لكن الأولياء حق الاعتراض فى جانب المرأة دفعاً للعار عنهم » .

وعلى ذلك إذا زوجها الوكيل عند الإطلاق فى المهر بأقل من مهر المثل بغبن فاحش فعند الصاحبين يكون موقوفاً على إجازتها ، وعند أبى حنيفة يكون نافذاً ، ولكن لا يكون لازماً بالنسبة للولى العاصب إن كان ، فله الاعتراض حتى يرفع إلى مهر المثل ، أو يفسخ العقد .

---

(١) وأما سلامة الزوج من العيوب فإن الخلاف يجرى فيها بين الإمام وصاحبيه فى كل الصور التى يكون التوكيل فيها من جانب المرأة ، سواء أكان الموكل الولى أم المرأة البالغة العاقلة .

١٥٧ — وفى حالة الإطلاق هل للوكيل أن يزوج من نفسه ، أو من هو فى ولايته أو من لا تقبل شهادته له ؟

لقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على أن الوكيل فى حالة الإطلاق ليس له أن يزوجها من نفسه ، ولا ممن هو فى ولايته ، لأن من يوكل شخصاً فى عقد، لا يفهم من التوكيل عادة أن العقد يكون معه ، بل يكون مع عاقد آخر ، ولأن الإطلاق يقتضى أن يكون الطرف الآخر غير معلوم ، إذ لو كان معلوما لنص عليه ، فلو كان للموكل إرادة فى الزواج من الوكيل أو من فى ولايته ، وهم معلومون له لذكر ذلك ، ولم يطلق .

أما تزويج الوكيل ممن لا تقبل شهادتهم له ، وهم أصله وفرعه ، فعند الإطلاق يرى أبو حنيفة أنه ليس له أن يزوج واحداً من هؤلاء ، لأنه متهم فى محاباتهم ، ومكان التهمة مستثنى عند التوكيل ، سواء أكان كفئاً وبمهر المثل أم لم يكن ، وقال الصاحبان إن الوكيل له أن يزوج من هؤلاء مادام من كفء وبمهر المثل ؛ لأن التهمة تنتفى بتوافر هذين الأمرين .

١٥٨ م — والوكيل فى عقد الزواج سفير ومعبر لا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ، فلا يطالب بالمهر ، إن كان وكيل الزوج . ولا يتسلم المهر إن كان وكيل الزوجة ، ولا يضمن شيئاً مما يتعلق بذلك ، إلا إذا كانت هناك كفالة صريحة من جانبه ، والوكيل كذلك لا يقبض المهر ، كما ذكرنا إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة ، وقبضه فى هذه الحال بتوكيل آخر غير توكيل الزواج وهو التوكيل بالقبض ،وقد قالوا إن من الإذن بالقبض دلالة أن يقبض الأب أو الجد المهر ،وتسكت البنت البكر الرشيدة عن المطالبة به عند العقد ، فإنه فى هذه الحال يعتبر قبض الأب أو الجد قبضاً منها ، وتبرأ ذمة الزوج ، وليس لها أن تطالب من بعد ؛ لأن سكوتها ، وهى ترى وكيلها هذا يقبض وتركها المطالبة وقت العقد اعتبر رضا منها بقبضه ، ولأن الظاهر

أنها ترضى بقبض الأب والجد ، لأن كليهما يقبض مهرها فيضم إليه أمثاله ، ويجهزها به ، ولأن العرف جرى على أن هذين الوكيلين فى حال توليهما العقد يقبضان المهر .

وإن كانت الموكلة ثيبا ، أو كان الوكيل فى العقد غير الأب والجد ، فلا يعد السكوت رضا ، ولابد من الإذن الصريح ، ولا تبرأ ذمة الزوج بتسليم الوكيل ؛ لأن السكوت فى جانبها لا يعد رضا ؛ إذ هى لا تستحى من الإذن الصريح .

الكفاءة

١٥٩ — ذكرنا أن الكفاءة فى الزواج شرط لصحة الزواج عند أبى حنيفة إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها ، ولها ولى عاصب لم يرض بالزواج قبل العقد ، وذلك على رواية الحسن بن زياد ، وعلى ظاهر الرواية هى شرط لزوم بالنسبة للولى ، ولها أحياناً . ونريد هنا أن نبين معنى الكفاءة ومواضعها وما تعتبر فيه .

والكفاءة فى أصل معناها فى اللغة المساواة ، والمراد بها فى النكاح المساواة بين الزوجين فى أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسداً للحياة الزوجية ، وقد اختلف الفقهاء فى هذه الأمور ، وهى عند الحنفية (١) المعمول بمذهبهم فى مصر ستة أمور : هى النسب ، والإسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة ، والحرفة ، على اتفاق فى بعض هذه الأمور ، واختلاف فى بعضها ، ولنذكر ذلك بقليل من التفصيل .

١٦٠ — النسب : قد اتفق أئمة المذهب الحنفى على أن الكفاءة فى النسب معتبرة عند العرب . وعلى أن غير العربى ليس كفئاً للعربية . والقرشى كفء لكل عربية . ولو كانت هاشمية . ولكن روى عن محمد رضى الله عنه أنه

---

(١) يلاحظ أن الكرخى من المجتهدين المخرجين فى المذهب الحنفى لم يعتبر الكفاءة فى حال من الأحوال أو أمر من الأمور ، مستدلا بأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بنى بياضة أن يزوجوا أبا هند ، وهو حجام ، وبأن بلالا رضى الله عنه خطب الى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه فقال صلى الله عليه وسلم : « قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجونى » ، ولو كانت معتبرة ما أمرهم ، وأن الكفاءة لو كان لها فى الشرع اعتبار لكان أولى بها باب الدماء ، لأنه يحتاط فيه بما لا يحتاط فى سائر الأبواب ، ومع هذا لم تعتبر ، فالشريف يقتل بالوضيع ، فهاهنا أولى ، وقد قال مثل هذا القول سفيان الثورى .

استثنى بيت الخلافة . وكان هاشمياً عباسياً . فلم يجعل كفئاً لنسائه إلا الهاشمى . وليس كل عربى كفئاً للقرشية . وقد أخذوا ذلك مما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن . والعرب بعضهم أكفاء لبعض . قبيلة بقبيلة . والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل »[(١)] .

وهذا الخبر إن صح يدل على ثلاثة أمور :

(أولها) أن الأعاجم لا كفاءة بينهم بالنسب ، والتفاضل بينهم بالرجولة أو الإنسانية وحدها .

(ثانيها) أن الأعجمى ليس كفئاً للعربى ، وأن القبائل العربية متكافئة فيما بينها ما عدا قريشاً .

(ثالثها) أن قريشاً بعضهم أكفاء لبعض ، وليس سائر العرب كفئاً لهم .

والسبب فى اعتبار الكفاءة بالنسب عند العرب هو جريان التفاخر بينهم بالأنساب ، واستحفاظهم عليها ، وتعييرهم من تتزوج بما دونها نسباً ، ولا تندمج الأسرتان مع ذلك التفاوت .

ويجدر بنا أن ننبه هنا إلى أمرين :

(أحدهما) أنه روى عن أبى يوسف رضى الله عنه أن المولى إن اشتهر بفضل علم أو أحرز من الفضائل ما يرفع مكانته عند الناس يصير كفئاً للقرشية بل الهاشمية ، وقد أخذ بذلك فى المذهب الحنفى ، ولذلك تقرر فيه أن العالم الأعجمى كفء للعربية ، بل العلوية الفاطمية ، لأن شرف العلم فوق النسب.

(ثانيهما) أنه روى عن الشافعى رضى الله عنه . وعليه أكثر أصحابه من بعده أن الكفاءة معتبرة فى أنساب العجم فيما بينهم . والأمر فيه إلى عرفهم، قياساً على اعتبار عرف العرب . وأن للعجم أو على الأقل لبعضهم عرفا فى

---

(١) تكلموا فى سند هذا الحديث ، ولقد جاء فى نيل الأوطار « لم يثبت فى اعتبار الكفاءة حديث صحيح » .

النسب . فيلاحظ عرفهم كما لاحظنا عرف العرب . وإن ذلك الرأى هو الرأى المعقول ما دام الأساس فى الكفاءة هو العرف . وبعض الأعاجم يعنون بأنسابهم كأشراف الإنجليز مثلا . فيجب أن تعتبر الكفاءة فيما بينهم إن أسلموا . كما اعتبرت عند العرب .

١٦١ — الإسلام : وهو يعتبر عند الموالى فقط ؛ لأنهم بعد إسلامهم صار فخرهم فى الإسلام ، وهو شرفهم ، ويقوم عندهم مقام النسب . يروى أنه قد تفاخر جماعة من العرب بأنسابهم ، وسلمان الفارسى معهم ، فقالوا لسلمان: ابن من ؟ فقال رضى الله تعالى عنه : ابن الإسلام ، فبلغ ذلك عمر رضى الله تعالى عنه ، فبكى وقال : « وعمر ابن الإسلام » .

وإذا كان فخرهم بالإسلام ، فمن أسلم أبوه وجده كفء لمن لها آباء فى الإسلام ومن له أب واحد كفء لمن لها أب ، وليس كفئا لمن لها أبوان . ومن أسلم بنفسه ليس كفئاً لمن لها أب فى الإسلام . ولقد اكتفى أبو يوسف بإسلام الأب فاعتبر من له أب واحد فى الإسلام كفئاً لمن لها آباء . وذلك لأن التعريف عنده يكون كاملا بذكر الأب . فمن له أب واحد فتعريفه كامل بالإسلام . فيكون كفئاً لمن لها آباء . وأما الطرفان فالتعريف عندهما لا يكمل إلا بالأب والجد . فلا يكون تعريفه بالإسلام كاملا . إلا إذا كان أبوه وجده مسلمين .

١٦٢ م — الحرية : وهى معتبرة كالكفاءة فى الإسلام عند الموالى فقط ؛ لأنه لم يقبل من العربى إلا الإسلام أو القتل . والأصل فى اعتبارها أن الرق يجلب عاراً أكثر مما يجلبه سوء النسب . ويلاحظ فيها ما يلاحظ فى الكفاءة فى الإسلام . فالمعتق ليس كفئاً لمن لها أب فى الحرية . ومن له أب فى الحرية ليس كفئاً لمن لها أبوان . ومن له أبوان كفء لمن لها آباء . ويقول أبو يوسف : من له أب واحد فى الحرية كفء لمن لها آباء . لأن كمال التعريف عنده بالأب كما علمت .

١٦٣ — المال : والمراد بالكفاءة فيه أن يكون قادراً على المهر والنفقة لأن من لا يقدر على مهر امرأته ونفقتها لا يكون كفئاً لها ، إذ المهر حكم من أحكام العقد ، ومن لا يكون قادراً عليه لا يكون قادراً على تكليفاته ، تندفع بها حاجتها ، وهى إليها أحوج منها إلى نسب الزوج ، وروى عن أبى يوسف أن القدرة على المهر ليست بشرط لتحقق الكفاءة فى المال ، إنما الشرط القدرة على النفقة ، لأنها هى التى بها دوام العقد واستمراره غالباً ، أما المهر فقد يكون قادراً عليه بقدرة أبيه أو أمه أو جده أو جدته أو غيرهم ممن جرت عاداتهم بإهدائهم المهر للزوج حال يسارهم ؛ وروى عن أبى يوسف أيضاً أنه اكتفى بأن يكون قادراً على ما جرى العرف بتعجيله . وقدرته فى النفقة تكون إذا كان كسوبا ، ولو كان لا يكتسب إلا ما ينفق منه يوما بيوم[1] .

وهذه هى الكفاءة فى المال ، وهناك كفاءة تسمى الكفاءة فى الغنى أو اليسار ، وهى أن يكون قريباً منها فى ثروتها إذا كانت ذات ثروة وغنى بين وقد اختلف فيها فقهاء الحنفية ، فبعضهم يعتبرها[2] ، وبعضهم لا يعتبرها ، ووجهة من اعتبرها ما تعارفه الناس من المفاخرة بكثرة المال ، وأن الغنية العظيمة الغنى تتضرر من عشرة من لا يقاربها ثروة ، وما دامت الكفاءة تقوم على العرف يجب اعتبارها ، وروى أن عائشة رضى الله عنها قالت :

---

(١) اختلفت عبارات الكتب بالنسبة للقدرة على المهر والنفقة ، أما المهر ففى الهداية والفتح أن القدرة فى المهر تكون بالقدرة على المعجل ، وعبارتهما تفيد أن ذلك رأى أئمة المذهب ، لا رأى أبى يوسف وحده ، وفى البدائع أن القدرة على المهر بالقدرة على مهر مثلها ولكن يستظهر أنه يكتفى بالقدرة على المسمى إذا كان أقل من مهر مثلها ، وجازت التسمية ، أما فى النفقة فقيل ما قاله أبو يوسف ، وهو المعقول ، وقيل أن يملك نفقة شهر ، وقيل ستة أشهر ، وقيل سنة ، وقيل إن كان من ذوى الحرف تكون القدرة بكونه كسوباً وإن لم يكن ذا حرفة ، فالقدرة على نفقة شهر .

(٢) ذكرت الهداية أن الكفاءة فى الغنى رأى أبى حنيفة ومحمد ، ولكن ليست هذه رواية الأصول ، لأن ما فى المبسوط والمتون يخالفها .

« رأيت ذا المال مهيباً ورأيت ذا الفقر مهيناً » وقالت إن أحساب ذوى الدنيا بنيت على المال » .

والأصح فى المذهب أن الكفاءة فى الغنى غير معتبرة ؛ لأن الكفاءة تكون فى الأمور التى لا تقبل الزوال . أو لا يمكن تنفيذ أحكام عقد الزواج بدونها ؛ والغنى ليس من الأمرين ؛ لأن الغنى قابل للزوال ؛ إذ المال غاد ورائح ، فغنى اليوم قد يكون فقيراً غداً ؛ وليس فى عدم الغنى ما يمنع تنفيذ أحكام النكاح ؛ إذ القدر اللازم لتنفيذ أحكام النكاح كان فى الكفاءة فى المال ؛ فيكتفى بها .

١٦٤ — الديانة : والمراد بالديانة تدين المرأة وصلاحها ، فالفاسق ليس كفئاً للصالحة بنت الصالح ، فإن كان أبوها فاسقاً ، أو كان الأب صالحاً . وهى ليست كذلك . فالفاسق كفء لها بالاتفاق .

واختلف النقل عن أئمة المذهب الحنفى فى اعتبار هذا النوع من الكفاءة[1] وأصح الروايات أن محمداً يرى اعتبارها . إلا أن يكون الفاسق مهيباً ذا شوكة بين الناس تمحو عار فسقه ولم يعتبرها أبو حنيفة مطلقاً . لأن الفسق قابل للزوال . وقال ذلك القول أبو يوسف إلا إذا كان الفاسق يجهر بفسقه بين الناس . ولا يخفيه . ففى هذه الحال لا يكون كفئاً للصالحة بنت الصالح وهذا ما ذكره السرخسى فى المبسوط . والهداية تسند القول باعتبارها إلى الشيخين .

وحجة محمد فى اعتبارها بإطلاق ، أن الصلاح من أعلى المفاخر . والمرأة تعير بفسق زوجها . والفسق يخل بأحكام الزواج .

١٦٥م — الحرفة : ومعنى الكفاءة فى الحرفة أن تكون حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبى الزوجة وقد اعتبر هذا النوع من الكفاءة أبو يوسف ومحمد

---

(١) روى أن الأخذ بها مذهب الشيخين ، وروى أنها مذهب محمد وهو الأصح .

ولم يعتبره أبو حنيفة وروى عن أبى يوسف مثل قول أبى حنيفة إلا أن تفحش كالحجام والدباغ . والسائق وغيرهم من ذوى الحرف التى تنزل بأصحابها عن مراتب أصحاب البيوتات فى عرف الناس .

وإن من اعتبر هذا النوع من الكفاءة نظر إلى عرف الناس . إذ أن الناس ينفرون من الزواج ممن دونهم حرفة وخصوصاً إذا فحش الفارق بينهما كالأمثلة السابقة . وإذا كان العرف هو المعتبر فى الكفاءة ، فيجب أن تعتبر ونحن نميل إلى ذلك الرأى .

ومن لم يعتبر هذا النوع لاحظ أن الحرف أوصاف غير ملازمة ولا دائمة . فقد يرفع الله ذا الحرفة الخسيسة إلى أعلى منها والزمان قلب ، والله يعطى ويمنع ، وهو على كل شىء قدير .

١٦٦ — هذه هى الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة فى المذهب الحنفى . وهو أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها لأن إمامه الأول أباحنيفة إذ أطلق حرية المرأة فى الزواج قد احتاط للولى بالتوسع فى معنى الكفاءة والتشدد فى اشتراطها ، لكيلا تسىء المرأة فى الزواج إليه .

ولنذكر كلمات موجزة تشير إلى المذاهب الثلاثة بالنسبة لهذا الموضوع.

فمذهب مالك الذى اعتبره ابن القيم روح الإسلام فى هذا المقام لم يعتبر الكفاءة فى النسب . ولا فى الصناعة . ولا فى المال أو الغنى . إنما الكفاءة فى التدين والتقوى . والسلامة من العيوب بأن يكون الرجل سليما من العيوب الجسيمة المستحكمة التى لا تمكن العشرة معها إلا بضرر وبالنسبة للحرية عن مالك روايتان : رواية تجعلها من الكفاءة فالعبد ليس كفئاً للحرة ، ورواية لا تجعلها جزءاً من الكفاءة فالعبد كفء للحرة مادام له من التدين والتقوى ما يرفعه إليها فلا عزة إلا بالتقوى « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » .

ولقد قارب المذهب الشافعى المذهب الحنفى . ولكنه زاد عليه بعض

الأمور ونقص بعضها . وشدد في بعض بما لم يشدد الحنفي فزاد على الحنفي السلامة من العيوب . ولم يذكر الكفاءة في المال . وذكر الكفاءة في النسب وكان فيها كالمذهب الحنفي تقريباً كما اعتبر كفاءة الإسلام قريباً مما اعتبر . واعتبر الكفاءة في التدين إلى حد ، وسماها الكفاءة في الفقه . واعتبر الكفاءة في الحرفة . وفي الحرية . وشدد فيها بما لم يشدد الحنفي فمن دخل الرق في أجداده ولو كانوا بعداء ليس كفئاً لمن لا يعرف لها رق في جد أقرب من جدها الرقيق فمن كان جده الثالث رقيقاً . ليس كفئاً لمن كان جدها الرابع رقيقاً . والباقون أحرار .

والراجح عند الشافعي أنه لا كفاءة في اليسار أو الغنى . وهي موضع خلاف ، والصحيح أنها ليست بلازمة .

والمذهب الحنبلي فيه روايتان عن أحمد : إحداهما أنه كالمذهب الشافعي ما عدا السلامة في الجملة ، والثانية أنه لا كفاءة فيه إلا في التقوى والنسب . فالروايات في ذلك المذهب قد اتفقت على اعتبار النسب والتدين . واختلفت فيما عداها .

والزيدية لا يعتبرون الكفاءة والإمامية يعتبرونها في النسب أي النسب الرفيع والتدين . سئل الإمام زيد بن علي زين العابدين عن نكاح الأكفاء فقال : « الناس بعضهم أكفاء لبعض عربيهم وعجميهم وقرشيهم وهاشميهم إذا أسلموا وآمنوا ، فدينهم واحد لهم مالنا وعليهم ما علينا . دماؤهم واحدة ودياتهم واحدة وفرائضهم واحدة . ليس لبعضهم على بعض فضل إلا بالتقوى ، وقد قال تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم » فأذن للمؤمنين جميعاً العربي والعجمي أن ينكحوا بنات المؤمنين جميعاً عربيهم وعجميهم إذا أسلموا : وقد تزوج زيد ابن حارثة وهو مولى زينب بنت جحش وتزوج بلال هالة بنت عوف أخت

عبد الرحمن بن عوف ، وتزوج رزيق مولى رسول الله ﷺ عمرة بنت بشر بن أبى العاصى بن أمية ، وتزوج عبد الله بن رزاح مولى معاوية بنت العمرو بن حريث ، وتزوج عمار بن ياسر أختا لعمرو بن حريث ، وتزوج أبو مخذام بن أبى فكيهة امرأة من بنى زهرة » .

ولقد استدل لعدم الكفاءة بما يأتى :

(ا) قوله تعالى : « يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا .. إلى قوله تعالى : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » وروى الزهرى أن هذه نزلت عند ما طلب مولى ـ إحدى بنات الأنصار فقالوا يارسول الله أنزوج بناتنا موالينا ـ وهذا المولى هو أبو هند وكان مولى وحجاما .

(ب) قوله تعالى : « وهو الذى خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً » وقد استنبط منه البخارى مساواة بنى آدم فى الزواج وأردفه ببيان إنكاح أبى حذيفة مولى أبى حذيفة بن سالم بابنة أخيه هند بنت الوليد بن عتبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار .

(ح) ماروى عن ابن عمر أنه قال : الناس رجلان مؤمن تقى كريم على الله عز وجل ، وفاجر شقى هين على الله عز وجل ، الناس كلهم لآدم وآدم من تراب . ثم تلا قوله تعالى « يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى » .

(د) التساوى فى الديات والدماء يدل على التساوى فى الحقوق والواجبات.

(ه) قوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا، تفيد أنه بعد الإيمان لاشىء يشترط .

(و) قوله عليه السلام : إذا أتاكم من ترضون دينه فأنكحوه إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير .

(ز) تزويجه عليه السلام الموالى بالقرشيات ، ولما تململت إحداهن نزل قوله تعالى : « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً

أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » . وقد ساق الذين أثبتوا الكفاءة أدلة منها قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما يأتى :

١ — العرب بعضهم أكفاء لبعض ، والموالى بعضهم أكفاء لبعض .

٢ — تخيروا لنطفكم ، وانكحوا الأكفاء ، وأنكحوا إليهم .

٣ — لاتنكحوا النساء إلا الأكفاء ، ولا يزوجهن إلا الأولياء .

٤ — قول عمر لأمنعن لذوات الإحساب فزوجهن إلا من الأكفاء .

وإن الكفاءة فى الحقيقة خاضعة للعرف عند العلماء الذين توسعوا فى إثباتها ، وذلك لأنهم رأوا العقد اتفاقا بين أسرتين ، فلا بد أن يكون بينهما من التقارب النفسى والإلف مايمكن للحياة الزوجية من أن تبقى .

ولم يشدد الأئمة الثلاثة وغيرهم فى اشتراط الكفاءة فى المال ، كما اشترط أبوحنيفة وأصحابه ، لأن المذهب الحنفى لايجيز طلب المرأة التفريق للإعسار ، أو عدم الإنفاق ، والأئمة الثلاثة يجيزون لها ذلك ، فلم يكن ثمة تشدد فى اشتراطها ، وشدد أبوحنيفة حتى تدخل المرأة الزواج عن بينة ، عالمة بأنه غنى أو فقير .

١٦٧ — <u>الجانب الذى تشترط فيه الكفاءة</u> : الأصل فى الكفاءة أنها تشترط فى جانب الرجل أى أنه يشترط أن يكون الرجل كفئاً للمرأة ، ولا يشترط أن تكون المرأة كفئاً للرجل ، وذلك لأن النصوص الواردة فى الكفاءة تتجه كلها إلى اشتراطها من جانب الرجل ، ولأن العار لايلحق أسرة الرجل إذا تزوج من خسيسة ، وهو يلحق أسرةالمرأة إن تزوجت من خسيس ، ولأن الرجل الرفيع فى نظر الناس يرفع امرأته ، والمرأة لاترفع خسيسة زوجها ، إن كانت رفيعة ، ولأن الرجل يملك الطلاق فى كل وقت ، فيستطيع دفع المغبة عن نفسه بخلاف المرأة ، فإنها لاتملك إيقاع الطلاق ،

بل أقصى ماتملك أن تطلب من القاضى التفريق فى أحوال استثنائية خاصة .

كانت الكفاءة معتبرة من جانب الرجل إلا إذا كان مايسقطها ، ولا تعتبر فى جانب المرأة فى المذهب الحنفى إلا فى صورتين .

(إحداهما) تزويج الصغير والمجنون إذا كان المزوج غير الأب والجد والابن ، أو كان واحداً من هؤلاء ، وعرف بسوء الاختيار، فإنه يشترط لصحة الزواج الكفاءة ، ولا يصح العقد إذا كانت الزوجة غير كفء .

(الثانية) إذا وكل رجل وكيلا وأطلق ، فقال الصاحبان لايزوجه إلا من امرأة كفء .

وإنما اشترطت الكفاءة فى جانب الزوجة فى هذين الموضعين ، لأن الولاية فى الأولى محدودة مقيدة بالكفاءة ، إذ الولى فى هذه الحال مقيد بالمصلحة الظاهرة لعدم توافر الشفقة ، أو عدم توافر الرأى الكامل ، والمصلحة الظاهرة فى التقييد بالكفاءة ومهر المثل ، حيث لاضمان لمراعاة مصالح خفية وراءها ، أما فى الصورة الثانية فلأن العرف قيد الإطلاق بالمرأة الكفء ، فهو كالولى فى الصورة السابقة معزول عن التزويج بغير الكفء .

وترى من هذا أن الكفاءة معتبرة فى جانب المرأة فى هاتين الصورتين ، لأن الزوج ليس له سلطان فى التزويج بغير الكفء ، لا لأن مساواة المرأة بالرجل شروط فى ذاتها .

وذلك مع ملاحظة أن عدم الكفاءة فى الصورة الثانية يجعل العقد موقوفاً على إجازة الموكل ، ولا يكون باطلا بطلاناً مطلقاً .

١٦٨ — وقت اعتبار الكفاءة : ووقت اعتبار الكفاءة هو وقت إنشاء عقد الزواج ، لأنها شرط إنشاء لاشرط بقاء ، وعلى ذلك إذا تخلف وصف من أوصاف الكفاءة القابلة للتخلف كالمال ، بأن كان قادراً على

الإنفاق ، ثم صار غير قادر بعد الزواج ، أو كان متديناً ، ثم شذ ففسق ، أو كان يحترف مهنة شريفة كالتجارة فأفلس فاحترف مهنة حقيرة ، ففى هذه الأحوال لا يفسخ النكاح لتخلف الكفاءة ، بل يبقى ، لأن النكاح قد تقرر ، فلا يفسخ بهذه الأمور العارضة ولا عار فى بقاء المرأة مع إن حاله تغيرت ، بل هو الصبر والرضا بحكم القدر ، وهما أمران محمودان :

١٦٩ — من له حق الكفاءة : جمهور الفقهاء [١] على أن الكفاءة حق للزوجة ، وحق للأولياء ، فإن زوجت بغير كفء عالمة بذلك ولم يرض الأولياء فالعقد فاسد ، وقيل موقوف وهو رأى محمد ، وقيل للولى حق الاعتراض على الخلاف فى ذلك فى المذهب الحنفى ، وإن زوجت بغير كفء وهى غير عالمة بحاله وخدعت فيه تكون مخيرة بين الفسخ والإبقاء ، وإن رضيت هى عالمة بنقص كفاءته ، ورضوا هم عالمين بذلك ، فإنه ليس لأحد سبيل عليهم ، بل يمضى العقد .

والولى الذى له حق الاعتراض على العقد إن نقصت الكفاءة ، أو يكون العقد فاسداً ، إن لم يسبق رضاه عند عدم الكفاءة هو الولى العاصب القريب فإن رضى القريب فليس لأحد من بعده أن يعترض ، وإن لم يرض ذلك الولى القريب لم يؤثر رضا من دونه ، لأنه لا ولاية للبعيد مع وجود القريب ، وهذا إذا كان الولى القريب واحداً ، فإن تعدد الأقربون كأخوة أشقاء ورضى بعضهم قبل العقد أو وقت إنشائه ، ولم يرض الآخرون ، قال أبو حنيفة ومحمد رضا البعض يزيل حق سائرهم فى الاعتراض ويلزمهم .

---

(١) خالف الجمهور أحمد فى إحدى الروايات عنه ، فاعتبر الكفاءة حق الله ، وهى لا تسقط ولو أسقطها الولى والمرأة ، وهذه الرواية هى التى تقصر الكفاءة على التدين والتقوى وفى رواية أخرى عن أحمد أن الكفاءة حق الأولياء العصبات جميعاً قريبهم وبعيدهم ، لأنهم جميعاً يعيرون .

لأن الولاية حق لا يقبل التجزئة ، وسببه وهو القرابة لايقبل التجزئة أيضاً فيثبت لكل واحد من الأولياء كاملا كحق الأمان ، وحق العفو فى القصاص ، فإذا قام به واحد . فكأن الجميع قام به ، فإذا رضى أحدهم بالعقد اعتبر ذلك رضا للجميع ، كما أن أحدهم إذا زوج كفئاً فليس للباقين أن يزوجوا ، هذا وإن رضا أحدهم بذلك الزواج دليل أن ماينالها من مصلحة فى الزواج يعلو على ماينالهم من عار عدم الكفاءة ، أولا عار، إذ لايثبت العار فى كل مسألة تتخلف فيها الكفاءة .

وقال أبو يوسف وزفر لايسقط حق الأولياء المتساوين فى الدرجة والقوة إذا رضى بعضهم بالعقد ، لأن حق الكفاءة يثبت مشتركا بين الكل ، فإذا رضى أحدهم أسقط حقه فقط ، فلا يسقط حق الباقين كالدين المشترك بين جماعة فإذا أبرأ أحدهم لايسقط حق الباقين ، ولأن الرضا من أحدهم ليس أقوى من رضاها ، إذ هى صاحبة الشأن الأول فى الزواج ، وهى إذا أسقطت حقها فى الكفاءة ورضيت الايسقط حق الأولياء ،فأولى ألا يسقط حق باقيهم إذا رضى بعضهم .

والراجح أن رضا بعضهم إن تعدد الأقربون يسقط حق باقيهم .

١٧٠ — ومن هذا يتبين أن الكفاءة حق الزوجة ، وحق وليها القريب ، وقد فرع الفقهاء على ذلك عدة فروع منها :

(ا) أن المرأة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفء فإن العقد يكون غير صحيح على الرأى الراجح فيما بينا ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة وذلك إذا كان لها ولى عاصب ، وهذا للاحتياط للعشرة الزوجية ولأنه إن صح الزواج فدخل بها ثم اعترض الولى ففسخ — فقد يكون لها منه أولاد ، أو يكون دخل بها ، وبذلك يتقرر العار ، ولا يمحوه فسخ

من بعد (١)

وهناك رواية تقابل هذه الرواية ، وهى أشهر . وإن لم تكن الأصح . وهى أن العقد يكون صحيحاً ، ولكن يكون للولى الاعتراض عليه ، وطلب نقضه ولا ينقض إلا بحكم القاضى ، ولا يسقط ذلك الحق إلا بالرضا صراحة أو دلالة ، لأن العقد نشأ مستوفياً كل شروطه ، ولكن فيه ما يمس غير العاقدين بالضرر وهم الأولياء ، فيكون طلب النقض دفعاً للضرر عنهم .

وهناك رأى ثالث فى المذهب الحنفى ، وهو أن حق الاعتراض وطلب الفسخ ليس مطلقاً عن الزمان ، بل إن حق الفسخ يسقط إذا ولدت ، حفظاً للولد ، لكى يتربى بين أبويه (٢) .

والمروى عن محمد أن العقد يكون موقوفاً ، وإن هذا فى الواقع سير على مذهبه ، وهو أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بغير وليها ، وإذا زوجت نفسها بغير رضا وليها يكون العقد موقوفاً على إجازته ، سواء أكان الزوج كفئاً أم كان غير كفء .

(ب) إذا زوجت نفسها من شخص غير معلوم الحال ، ولم يذكر نسباً غير نسبه ، ثم تبين أنه غير كفء ، فليس لها حق الفسخ ، وللأولياء حق طلب الفسخ دونها ، وذلك على الرواية التى تقول إن العقد صحيح ، ولهم حق الفسخ ، ولو أخبرها بكفاءته « أو شرط الكفاءة فلها ولهم حق الفسخ ، وكذلك إذا انتسب لغير قبيلته ، ورضيت على ذلك الأساس ، ثم تبين أنه

(١) قال كمال الدين بن الهمام فى ترجيح هذه الرواية « كم واقع لا يرفع ، وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ، ولو أحسن الوالى وعدل القاضى ، فقد يترك أنفة من التردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر ، فكان منعه دفعاً له » وينبغى أن يقيد عدم الصحة بما إذا كان لها أولياء أحياء ، لأن عدم الصحة إنما كان على ما وجهت به هذه الرواية دفعاً لضرر ينالهم ، فإنه قد يتقرر كما ذكرنا .

(٢) ألحق بعض الفقهاء الحبل الظاهر بالولادة .

غير كفء بعد ظهور نسبه ، فلهم ولها حق الفسخ [1] وإن ظهر كفئا بعد أن علمت حقيقة نسبه ، فلها وحدها حق الفسخ ، لأن رضاها كان على أساس نسب معين ، وقد غرها به ، ثم تبين خلافه فيكون لها الحق فى الفسخ لخلل فى الرضا ، ولو كانت هى التى غرته ، فانتسبت لغير نسبها لم يكن له الخيار ، لأنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من تغريرها ، ولإمكان تخلصه منها بالطلاق .

(ج) إذا وكلت المرأة وليها العاصب فزوجها ، ولم يشترط الكفاءة عند العقد ، ثم تبين أنه غير كفء فالعقد يكون موقوفاً على إجازتها ، أولها الاعتراض عليه ، لعدم إسقاطها حقها فى الكفاءة ، وليس للولى طلب الفسخ ، لأنه أسقط حقه .

(د) إذا زوج الولى المرأة شخصاً معيناً برضاها ، واشترطت هى الكفاءة ولم يشترطها هو يكون لها حق الاعتراض ، وليس له .

---

(١) قلنا إن كون الأولياء لهم حق الفسخ مبنى على الرواية التى تقول إن العقد صحيح، وحقهم فى الاعتراض ، أما الرواية الأخرى فالعقد غير صحيح .

حكم العقد

١٧١ — نقصد بحكم العقد الآثار الشرعية التى رتبها الشارع الإسلامى على العقد ، وهو مايسمى مقتضى العقد ، ومن المقرر فى الفقه الإسلامى أن الشارع لايرتب حقوقاً شرعية على عقد من العقود ، إلا إذا كان العقد قد استوفى عند إنشائه شروط انعقاده ، وشروط صحته ، ولكن قد يحدث بالعقد غير المستوفى للشروط علاقة بين العاقدين ، ولذلك يعمل الشارع على تنظيمها ، فيضع أحكاماً لها ، من حيث إنها أمر واقع ، فيعطى حكما لحسم الخلاف ، ومنع النزاع ، كإثبات الملكية ، بالقيمة وعدم الفسخ إذا تسلم المشترى المبيع فى البيع الفاسد وتصرف فيه أو استهلكه ، فإن الشارع أثبت الملكية تنظيما للأمر الواقع ، وحكم بعدم الفسخ حفظاً لحق الغير .

ولهذا كان العقد غير الصحيح فى الأنكحة أحيانا له بعض الآثار المترتبة على أمور نشأت مع هذه العقدة التى لا يعترف الشارع بوجودها ، ونتكلم عن ذلك.

أحكام العقد غير الصحيح والموقوف وغير اللازم

١٧٢ — النكاح غير الصحيح : يفرق فقهاء الحنفية بين العقد الباطل والفاسد وإن كان كلاهما غير صحيح ، وذلك فى المعاملات المالية ، أما فى الزواج فنجد المحققين[١] منهم لا يفرقون بين النكاح الباطل والفاسد ويقول فى ذلك كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير « إن العقد الباطل والفاسد فى النكاح سواء » .

فالحكم واحد سواء أكان الخلل فى ركن العقد وهو ما يعبر عنه بالباطل

(١) قد جاء هذا فى الهداية ، وفتح القدير ، والنهاية ، وأصول فخر الإسلام .

أم كان الخلل فى وصفه ، وهو ما يعبر عنه بالفاسد ، وعلى ذلك يكون باطل النكاح هو فاسده ، وفاسده هو باطله ، فليس النكاح إذن إلا قسمين : صحيح ، وغير صحيح .

والعقد غير الصحيح لا يترتب عليه شىء مطلقاً ، لأن الأصل فى العلاقة بين الرجل والمرأة هو التحريم ، حتى يقوم سبب شرعى يثبت الحل ، وهو العقد الصحيح ، فإذا وجد — نقل تلك العلاقة من التحريم إلى الحل ، وإن وجد غير مستوف لشروط الصحة ، فهو غير معترف به من الشارع ، فلا يرتب عليه حكما شرعياً بمقتضى الوجود المجرد ، ولذلك لا تثبت نفقة ، ولا طاعة ، ولا توارث بأى حال ، ولا حق لأحدهما قبل صاحبه .

ولكن إذا حصل دخول فى هذا العقد غير الصحيح ، فهنا نجد واقعة لها تنظيم فى أحكام الشارع الإسلامى ، ذلك أنه من المقرر أن الزنى فيه حد ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وأنه إذا سقط الحد فى الدخول بالمرأة وجب المهر ، وأن الشبهة أحياناً تسقط الحد ، وتمحو وصف الزنى عن الدخول ، وحينئذ يثبت النسب ، وتثبت العدة ، وأحياناً تكون الشبهة مسقطة للحد ولا تمحو وصف الزنى ، وفى هذه الحال يثبت المهر ، ولا تثبت العدة ، وكان مقتضى القواعد العامة ألا يثبت النسب ، ولكن أثبته بعضهم احتياطا لحق الولد .

وبالبناء على هذه القواعد المقررة الثابتة فى الفقه الحنفى — ننظر أكان الدخول فى العقد غير الصحيح مع شبهة أسقطت الحد ، ومحت وصف الزنى ، أم كان مع شبهة أسقطت الحد ، ولم تمح وصف الزنى ، أم لم تكن شبهة ، أو كانت ضعيفة لا تسقط الحد ، وبالتالى لا تمحو وصف الزنى .

وإنا فى الإجابة عن هذا السؤال نحاول ضبط موضوع اضطربت فيه أقلام الفقهاء ، ولا ندعى أننا ضبطناها ضبطاً محكما ، وجمعنا أشتاته ، ونقول فى ذلك :

إن الدخول فى النكاح غير الصحيح قد يكون بشبهة قوية ، تمحو الجريمة ، أى لا يوصف الفعل بأنه زنى ، وقد يكون الدخول بشبهة ليست قوية ، ولكنها تسقط الحدفقط من غير أن يمحى وصف الفعل ، وقد يكون الدخول بشبهة ليست لها قوة تسقط حداً ، ولا شبهة قط ، ولنذكر كل قسم من هذه الأقسام .

ومن هذا التقسيم يتبين أن العبرة فى ترتيب الآثار . إنما هى فى الدخول مع وجود الشبهة .

١٧٣ م — الشبهة يقسمها فقهاء الحنفية إلى ثلاثة أقسام ، شبهة الملك ، أوشبهة الحل ، وشبهة اشتباه ، أوشبهةفعل ، وشبهةعقدعندأبى حنيفةوحده .

(١) فشبهة الملك ، أو شبهة الحل ، أو شبهة المحل على اختلاف التسمية ، تكون إذا كان فى المحل دليلان : أحدهما قوى يفيد التحريم ، والآخر ضعيف قد يؤدى إلى الحل ، وإن الحكم يسير على مقتضى القوى ، فإذا حصل دخول فى هذه الحال يكون سيراً على مقتضى الدليل الضعيف ، فيكون هذا شبهة قوية ، ومثال ذلك الدخول بجارية ابنه ، ففى هذه الحال دليل التحريم قائم قوى ، وهو أنها ليست ملكا له ، بل ملك لغيره ، وهو ابنه ، لكن فى المحل دليل آخر إن لم يكن له من القوة ما يعارض الأول فهو يوجد شبهة فى الحل ، وهو قوله ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » فإنه يفيد نوع ملكية للأب فى مال الابن ، والعادة جرت بسيطرة الأب على مال الابن للخلطة بينهما . ومثال ذلك أيضاً النكاح بلا شهود فإن دليل التحريم قائم وهوقوله عليه السلام « لا نكاح بغيرشهود » ويعارضه ما استدل به مالك رضى الله عنه . فكان ذلك موجداً شبهة فى المحل ، وكذلك كل نكاح اختلف فى صحته ، وكان رأى الحنفية أو جمهورهم فساده ، فإن الدخول

فيه دخول بشبهة قوية لمكان الدليل المعارض للتحريم ، وإن كان ضعيفاً ، لأنه وإن لم يوجد حلا أوجد شبهة حل .

وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد ، ويمحو وصف الزنى ، فيثبت المهر ، والعدة ، والنسب .

(ب) وشبهة الاشتباه أو شبهة الفعل ، هي الشبهة التي تحدث في نفس الشخص فيظن الحرام حلالا من غير دليل من الشارع قوى أو ضعيف ، أو خبر من الناس اعتبر الشارع الأخذ به جائزاً ، ومثال ذلك من ظن بعض المحرمات عليه كأخته رضاعا — حلالا له ، وهو يعلم العلاقة التي تربطه بها ، ولكنه يجهل التحريم ، فإن هذه الشبهة تسمى شبهة اشتباه ، لأن ذلك جهل بالشرع ، أو شبهة فعل ، لأن الشبهة صاحبت الفعل ، ولم تقم بالمحل ، وليس من ذلك من تزوج امرأة لا يعلم أنها أخته من الرضاع ، وقد أخبره المتصلون به أنه لا علاقة محرمة بينهما ، ثم تبين أن بينهما علاقة الرضاع المحرم ، فإن هذه تعد من الأول ، لأن الدليل وجد من إخبار من حوله بأن لا علاقة بينهما ، فكانت الشبهة في المحل ؛ لأنها ناشئة عن دليل مبيح ، وإن ثبت بطلانه .

وشبهة الاشتباه ؛ إذا وجدت أسقطت الحد ، ولم تمح وصف الزنى ، ولذلك لا تثبت العدة ، لأنه لا عدة من زنى ، ولا يثبت معها النسب إلا في بعض الأقوال وكان ثبوته في هذه الأقوال لمصلحة الولد .

(ج) وشبهة العقد ، وقد ذكرها صاحب البحر في ضمن أقسام الشبهة ، أي أن صورة العقد وهي الإيجاب والقبول الصادران عن عاقدين لعبارتهما اعتبار ، شبهة في ذاتها ، بحيث لو حصل دخول مع هذه الصورة كان دخولا بشبهة ، ولو كان يعلم فساد العقد وعدم صحته ؛ وهذه شبهة عند أبي حنيفة وحده ، وخالفه الصاحبان وجمهور الفقهاء في ذلك .

وإنما تكون صورة العقد شبهة إذا وجدت هذه الصورة ، ولا تعتبر موجودة إذا كان أحد العاقدين فاقد الأهلية [1] وشبهة العقد عند من أثبتها تكون فى قوة شبهة الاشتباه ، فهى لا تمحو الوصف ولكن تسقط الحد ، وإذا سقط الحد فإن المهر لامحالة يثبت ، لأن الدخول فى دار الإسلام لايخلو عن عقر ، أو عقر أى عن حد أو مهر .

١٧٤ — وعلى ذلك نقسم الدخول فى العقد غير الصحيح إلى ثلاث مراتب :

(أولاها) دخول من غير شبهة أو اشتباه يؤثر فى الوصف أو فى الحد ، لأنه لا توجد شبهة فى التحريم قط ، وذلك هو عقد يكون أحد الطرفين فيه فاقد الأهلية ، أو لا يكون الإيجاب متوافقاً مع القبول بالنسبة لمحل العقد لا لبعض آثاره ، أو لايكونان فى مجلس واحد ، فإن هذا العقد لا وجود له ، وليست ثمة صورة عقد تعتبر شبهة عند أبى حنيفة الذى يعتبر صورة العقد شبهة ، إذ العبارات ملغاة لا اعتبار لها ، فلا وجود للعقد لا صورة ، ولا حكما ، فالدخول فى هذه الحال يوجب عقوبة الزنى المقررة فى الشريعة الإسلامية ، إذ لا شبهة قط .

(ثانيها) دخول فى العقد غير الصحيح قد صحبته شبهة اشتباه ، وذلك فى المحرمات على التأبيد ، إذا عقد عليهن ، وحصل دخول بهذا العقد الصورى ، وكان يعلم بالعلاقة الرابطة . ومثل المحرمات على التأبيد فى ذلك ، عقد غير المسلم على المسلمة ، والعقد على من فى عصمة الغير إذا كان يعلم ذلك ، ففى هذه الصور إذا حصل العقد مستوفياً الشروط ما عدا شرط الحل ؛ فإن الدخول يكون شبهة مسقطة للحد غير ماحية لوصف الجريمة . لأن تحريم هؤلاء ثابت

---

(١) أقسام الشبه هذه مأخوذة بتلخيص وتوضيح وترتيب من باب الحدود عند الكلام فى حد الزنى والشبهات الدارئة له .

بدليل قطعي لا شبهة فيه قط ، وليس في حالهن مايسمح بوجود شبهة في الحل. فإذا كان ثمة شبهة اشتباه أو شبهة فعل ، وقد اشترط الصاحبان لوجود هذه الشبهة أن يكون جاهلا بالتحريم كمجوسي أسلم حديثاً ، وهو لا يعلم بالمحرمات في الإسلام ، ففي هذه الأحوال توجد شبهة الاشتباه ، فإذا لم يكن جاهلا بالتحريم ، فإنه في هذه الحال لا يكون ثمة شبهة عند الصاحبين ، أما أبو حنيفة فإنه لا يشترط الجهل بالتحريم ، بل تثبت الشبهة ، ولو كان عالماً بالتحريم ؛ لأن صورة العقد شبهة ضعيفة عنده وهي كشبهة الاشتباه في حكمها .

ولقد قال صاحب البدائع في تقرير رأى أبي حنيفة في هذا المقام : « الأصل عند أبي حنيفة — عليه الرحمة — أن النكاح إذا وجد من الأهل مضافاً إلى محل قابل لمقاصد النكاح(١) يمنع وجوب الحد ، سواء أكان حلالا أم كان حراماً ، وسواء أكان التحريم مختلفاً فيه أم كان مجمعاً عليه ، وسواء أظن الحل ، فادعى الاشتباه أم علم الحرمة » .

وبهذه الشبهة على الاختلاف في بعض صورها يسقط الحد ، ولا يمحى وصف الزنى ، كما نوهنا ، وإذا كانت كذلك فإنه يثبت المهر ، لأنه إذا سقط الحد ، وجب المهر لا محالة ، ولكن لا تثبت العدة ، لأنه لا عدة من الزنى ، أما ثبوت النسب فموضع خلاف بين فقهاء المذهب الحنفي ، فبعضهم أثبت النسب ، احتياطا لمصلحة الولد ، لأن الشبهة إذا أسقطت الحد ، كان ذلك دليلا على اعتبارها في الجملة . وبعضهم قال لا يثبت .

وقد استظهر كمال الدين بن الهمام عدم ثبوت النسب ، ورجح ذلك ، لأن الزنى لا يثبت النسب ، ووصف الزنى لم يزل بهذه الشبهة ، فالنسب كالعدة على سواء عنده .

---

(١) أبو حنيفة يعتبر الأنثى بوصف كونها أنثى محلا للعقد ، ولو كانت محرمة ، لأن التحريم ما جاء لعدم صلاحية المحل ، بل جاء لاعتبارات أخرى .

ونلاحظ أن أبا حنيفة وإن أسقط الحد عند وجود هذه الشبهة التى اعتبرها لو كان يعلم التحريم — فهو قد قرر أن على القاضى أن ينزل تعزيراً. هو أقوى أنواع التعزير.

(ثالثها) دخول فى العقد غير الصحيح يسقط فيه الحد . ويمحى وصف الجريمة ، وذلك إذا كان ثمة شبهة قوية ، وذلك يثبت فى كل الأنكحة المختلف فيها ، وفى نكاح المحارم على التأقيت ما عدا من ذكروا فى النوع السابق . وذلك لأن الأنكحة المختلف فيها كان الدخول بسببها مع شبهة لها دليل ، وهو دليل المخالف ، وإن كان ضعيفاً ، وهو يقتضى الحل ، وعلى ذلك تكون شبهة الحل ثابتة فى المحل ، والمحرمات على التأقيت غير من ذكرنا ، شبهة الحل ثابتة فيهن ، لأن الأصل فيهن الحل ، والتحريم لأمر عارض ، وحق الغير ليس متعلقاً بهن تعلقاً قوياً قطعيا يزيل كل احتمال للحل ، بل ثمة شبه بأصل الحل من غير مانع يزيل كل آثاره .

ومن هذه المرتبة كل شبهة أساسها اختلاف فقهى لوجود دليل للحل ، وإن لم يكن له من القوة ما يثبته ، ويعارض دليل التحريم ، ومنها حال من يقدم على الزواج ، وهو لا يعلم سبباً محرماً ، ويخبره الناس بعدم قيام هذا السبب ، كمن يتزوج زوجة الغير إذا أخبره اثنان بوفاته ثم تبين أنه حى ، وكمن يتزوج امرأة يظن بإخبار من حوله أو سكوتهم أنه لا علاقة تربطه بها ، ثم تبين أن هناك علاقة محرمة ، فنى كل هذه الأحوال وأشباهها ، وجد دليل الحل ؛ وهو إخبار من يكون من شأنهم أن يعلموا بالصلة المحرمة بأنه لا صلة محرمة ، فإن هذا دليل مبيح وإن لم يثبت أمام الدليل المحرم .

والدخول فى هذه الحال يسقط معه الحد ، ويمحى وصف الزنى كما بينا ، ولذلك يثبت المهر ويثبت النسب . لأن الفعل ليس زنى . إنما العذر قائم ، ودليل التحريم له معارض قد أوجد شبهة ، وإن لم يوجد حلا .

ويجب التنبيه إلى أن العقد الفاسد فى كل أحواله وصوره لا يثبت توارثاً ولا نفقة ، وإن ثبتت حرمة المصاهرة أحياناً فليست بسبب العقد ، ولكن هى ثابتة بالدخول ، فإن الدخول ولو زنى يثبت حرمة المصاهرة عند الحنفية .

١٧٥م — حكم العقد الموقوف : تبين أن العقد الموقوف هو الذى يتولاه ذو أهلية ليست له ولاية إنشاء العقد ، بأن يعقد لغيره ، وليس له عليه ولاية شرعية ، ولم يستمد الولاية منه بوكالة ، ومن ذلك تزويج الفضولى ، وتزويج الولى البعيد مع وجود القريب ، وإمكانه أن يتولى هو العقد ، ومنه تزويج ناقص الأهلية نفسه بمهر المثل والكفء على بعض الروايات .

والعقد الموقوف صحيح ، ولكنه غير نافذ ، فإن أجازه من له الشأن التحقت الإجازة بالإذن السابق على العقد ، وإذا لم يكن للعقد مجيز كان غير صحيح كأن يعقد ناقص الأهلية لنفسه بأقل من مهر ، أو بغير كفء ، ووليه العاصب أخوه فإن العقد يقع غير صحيح لعدم المجيز ، وإن كان له مجيز ولم يجز العقد بطل واعتبر ملغى .

وإذا حصل دخول قبل الإجازة ، ثم كانت الإجازة فإنه يكون دخولا فى عقد صحيح لما قررنا من أن الأجازة تلتحق بالإذن السابق إذ الأجازة تجعل العقد نافذاً من وقت إنشائه .

أما إذا كان الدخول قبل الإجازة ، ثم أعقبه الرفض والإبطال ، فإن الدخول يكون مع شبهة قوية تسقط الحد وتمحو وصف الجريمة فيثبت المهر وتثبت العدة ويثبت النسب ، وإنما كانت الشبهة قوية لأن العقد قد صدر من أهله مضافاً إلى محله فكان مثبتاً للحل من وجه ، وإن كان غير معتبر ، ومثبتاً للشبهة ، وإن لم تكف فيه لإثبات الحل .

وإن كان الدخول بعد الرفض والعلم به . فإنه لاشبهة تسقط حداً . وبالتالى لا يترتب شىء من مهر أو عدة أو نسب .

والعقد الموقوف لا تثبت توارثاً إذا حصلت وفاة فى مدة وقفه ، كما أنه لا يثبت حرمة مصاهرة إذا لم يجز لأن البطلان إزالة من أصله .

١٧٦م — حكم العقد الصحيح غير اللازم : العقد الصحيح غير اللازم هو العقد الذى استوفى شروط الصحة ، وشروط النفاذ . ولكنه لم يستوف شروط اللزوم فيجوز لمن له حق الفسخ أن يفسخه فى الحدود التى رسمها الشارع له . ومن ذلك :

(ا) إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير رضا وليها ، وكان الزواج من كفء ، ولكن بأقل من مهر المثل ، فإنه عند أبى حنيفة خلافاً لأبى يوسف يكون للولى حق طلب الفسخ إلى أن يرفع المهر إلى مهر المثل ، وقال أبو يوسف ليس له حق فى ذلك على ما تبين ، ويستمر حق الفسخ حتى يسقطه بالرضا بالعقد صراحة أو دلالة ، أو بالإسقاط .

(ب) إذا زوج الولى غير الأب والجد القاصر من كفء وبمهر المثل . فإنه عند زوال سبب القصر يكون للمولى عليه حق الفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة على حسب سبب القصر ، وقد بينا ذلك فى موضعه .

(ج) إذا زوجت نفسها ، واشترطت الكفاءة ثم تبين أنه غير كفء . فإنه يكون لها حق الفسخ ، وكذلك إذا انتسب إلى غير نسبه ، ثم تبين نسبه فإنه يكون لها حق الفسخ .

ففى كل هذه الصور وأشباهها يكون العقد صحيحاً غير لازم .

وإذا حصل دخول فى العقد غير اللازم قبل فسخه ، فهو دخول فى نكاح صحيح لا شك فيه . وهو حلال من كل الوجوه إذ أن العقد قائم مقرر الأحكام منتج كل آثاره إلى أن يفسخ فهو يوجب النفقة وإذا مات أحدهما قبل الحكم بالفسخ ولو بعد طلبه يكون للآخر أن يرثه . لأن الزوجية التى هى سبب الميراث قائمة ثابتة ، ومتى كان سبب الإرث قائماً فإن الملك به يثبت .

وتثبت حرمة المصاهرة بمجرد العقد الصحيح غير اللازم إذا كان مجرد العقد موجباً الحرمة فإذا زوجت البنت زواجا غير لازم ثم حصل الفسخ قبل الدخول بطلب من كان غير لازم بالنسبة له فإنه لا يجوز للأم أن تتزوج من كان زوج ابنتها ، لأن العقد قد وجد ، والفرق بين غير اللازم والموقوف فى هذا أن الفسخ فى غير اللازم لا يقتضى عدم وجود العقد الذى هو سبب الحرمة ، بخلاف الرفض فى العقد الموقوف . لأن عدم الإجازة ألغى وجود العقد ، ولقد أنصف القانونيون إذ حكموا بأن ما يسميه الشرعيون موقوفا باطل بطلانا نسبياً .

وإذا كان الفسخ بعد الدخول فإن المهر المسمى يجب وتجب العدة ويثبت النسب ، وتجب نفقة العدة إلى آخر ماهنالك من أحكام الزواج الصحيح وآثاره ومثل ذلك إذا كان الفسخ بعد الخلوة الصحيحة .

وإذا كان الفسخ قبل الدخول وقبل الخلوة ، فإنه لا يجب المهر كله ، ولا يجب نصفه ، سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أم كان من قبل الزوجة لأن الفسخ فى هذه الحال يكون كنقض للعقد من أصله ، وإن لم ينف أنه وجد ووقع ، وإذا كان كنقض للعقد من أصله فلا يجب به مهر مادام لم يكن دخول ، ولا خلوة صحيحة بشروطها .

آثار العقد الصحيح

١٧٧ م — آثار العقد : أو مقتضى عقد الزواج — هى الحقوق التى تثبت لكلا الزوجين على صاحبه بحكم ذلك العقد المقدس ، ونريد أن نتكلم هنا فى قضية من القضايا التى يتعرض لها الباحثون فى القوانين الحديثة ، ولها فى الشريعة الإسلامية نظير ، وهى آثار عقد الزواج عامة، أهى من عمل العاقدين أم من عمل الشارع ، فإذا كانت من عمل الشارع فإنه ليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط ما لا يتفق مع ما يقرره الشارع من مقتضيات العقد ، وإن كانت الآثار من عمل العاقدين ، فإن كل ما يتفقان عليه من شروط (ما دامت لا دليل يمنعها من الشارع) لازمة بمقتضى التزام العاقدين الوفاء بها .

وقد شرحنا هذا الموضوع فى موضعه من الكلام فى قواعد العقود عامة [١] ونريد هنا أن نبين ما يخص الزواج منه .

إن القاعدة العامة فى كل العقود الإسلامية ، وخصوصاً عقد الزواج ، أن الآثار المترتبة على العقد من عمل الشارع ، وإن كانت العقود الإسلامية تقوم فى الجملة على الرضا ، ولكن موضع الرضا هو فى إنشاء العقد ، أما الآثار فبترتيب الشارع حفظاً للعدل، وصوناً للمعاملات فى العقود المالية عن النزاع ، وحفظاً للحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترطه العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشارع ومرماه من ذلك العقد المقدس .

وإذا كانت آثار عقد الزواج من عمل الشارع عند فقهاء المذاهب الأربعة فى الجملة ، فإن الشروط المقترنة بالعقود لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا

(١) شرحنا ذلك فى كتابنا الملكية ونظرية العقد ، فارجع إليه.

كانت متفقة مع الآثار التى رتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد المقدس ، فما يشترطه العاقدان من الشروط لا يلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو لا تنافى مقاصده .

ولكن اختلاف الفقهاء فيما يلزم من الشروط ما بين مضيق ، وموسع . وما بين ذلك ، فالظاهرية منعوا كل شرط إلا ما جاء النص باثباته إذ قصروا الأدلة على النصوص ، والحنابلة وسعوا سبيل الشروط وأجازوا كل شرط إلا ما قام الدليل على منعه ، أى ما قام النص أو الأثر بمنعه ، وهم فى هذا يجعلون للعاقد فى الزواج عملا فى آثار العقد إذ يجعلون لشرط العاقد أثراً زائداً على مانص عليه الشارع إلا إذا كان مخالفاً لما جاء به الشارع الإسلامى من نصوص وآثار .

وذهب الحنفية والشافعية وأكثر المالكية إلى أن الشروط المعتبرة هى التى تكون متفقة مع مقتضى العقد ، كتقديم ضمان المهر ، أو ضمان النفقة على بعض الأقوال .

وإذا كانت الشروط لها ذلك الارتباط بآثار العقد ، فمن الواجب علينا أن نبين آراء الحنابلة ومخالفيهم فيها ، فى هذا المقام فيما يلى :

١٧٨م — <u>الشروط المقترنة بالعقد وآثاره</u> : تقسم الشروط المقترنة بالعقد من حيث ارتباطها بمقتضى العقد وصحتها إلى ثلاثة أقسام .

(القسم الأول) شروط تؤثر فى صحة العقد ، فتبطله ، لأنها تجعل الصيغة غير صالحة للإنشاء ، وهى الشروط التى تجعل صيغة عقد الزواج دالة بصريحها على توقيته بزمن ، وتنحصر فى اقتران اللفظ بذكر مدة معينة ، وهذا عند الحنفية ، وعلى ذلك إذا كان تقيد اللفظ ليس بمدة زمنية ، ولكن قد يؤدى إليه ، كأن تقول له تزوجتك على أن تطلقنى بعد شهر

فإن هذا لا يعتبر تقييداً بمدة عند أبي حنيفة وأصحابه (١) لأن الصيغة التي انعقد بها النكاح كانت خالية من التأقيت الصريح ، فلم تبطل دلالتها ، فاستمرت وبطل الشرط .

(والقسم الثاني) قسم يلغى فيه الشرط ، ويصح النكاح ، وهو عند جمهور الفقهاء ، كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكداً لمقتضاه (كاشتراط تقديم كفيل بالمهر مثلا) ولم يقم دليل من الشارع على وجوب الوفاء به من نص ، أو أثر أو عرف مشهور كاشتراك تعجيل مقدم المهر ، فكل شرط لا يكون كذلك ، ولا يكون مؤقتاً للصيغة ، يكون لاغياً يبطل ، ولا يؤثر في صحة العقد .

هذا مسلك جمهور الفقهاء في تعريف الشرط الفاسد الذي يلغى ، ولا يؤثر في العقد . وأما أحمد بن حنبل فقد قال في الشرط الذي يلغى ويصح معه العقد ، إنه الشرط الذي ورد فيه نهي الشارع ، أو ناقض مقتضى العقد الذي ورد به نص الشارع ، وقد ذكر من الشروط المنهي عنها أن تشترط المرأة عند الزواج طلاق ضرتها ، فإنه مخالف لنهي النبي ﷺ فيما رواه أبو هريرة إذ قال : « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها » (٢) .

وترى من هذا أن نطاق بطلان الشروط أو إلغائها أضيق من نطاق الشروط الملغاة عند جمهور الفقهاء ، فهو قد جعل البطلان في حال النهي الصريح ومناقضة مقتضى العقد الذي ورد به النص ، أما الأئمة فقد جعلوا

---

(١) قال أحمد بن حنبل إن هذا الشرط يعتبر توقيتاً للنكاح . فقد جاء في المغني وهو في الشروط المبطلة : ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح ، وهو نكاح المتعة ، أو أن يطلقها في وقت بعينه ، فهذه شروط باطلة في نفسها . ويبطل بها النكاح .

(٢) قال بعض الحنابلة إن ذلك الشرط صحيح ويجب الوفاء به وهو غير الراجح في المذهب.

البطلان فى دائرة متسعة ، وهى ما إذا لم يقم دليل على إقرار الشرط من الشارع، بأن يكون موافقاً لمقتضى العقد ولو ثبت بالقياس ؛ أو يكون مؤكداً له ، أو قام دليل شرعى على صحة الشرط ، وما عدا ذلك يكون باطلا . فصحة الشرط عندهم هى التى تحتاج إلى دليل يثبت الإلزام ، أما أحمد فكل شرط صحيح لازم . إلا إذا كان نص يثبت البطلان .

(القسم الثالث) الشروط الصحيحة . وهى عند الجمهور الشروط التى تكون جزءاً من مقتضى العقد . كاشتراك مسكن يليق بها وبه ، أو تكون مؤكدة أو يقوم الدليل على وجوب الوفاء به من نص أو عرف ، أما أحمد فيرى أن الشرط الصحيح الذى يجب الوفاء به هو الشرط الذى لم يقم دليل من النصوص على بطلانه ، ولم يناقض مقتضى العقد الثابت بالنصوص ، كاشتراط ألا يتوارثا مع اتحاد الدين ، أو يتوارثا مع اختلافه ، فكل شرط لم يكن كذلك فهو صحيح .

وتحرير الخلاف بين الجمهور وأحمد فى الشروط المقترنة بالزواج أن أحمد يجعل الأصل الصحة ، حتى يقوم دليل من أثر أو نص قرآنى يثبت البطلان، والجمهور يقولون إن الأصل عدم الالتزام بالشرط ، حتى يوجد دليل شرعى من نص أو قياس أو عرف يثبت الإلزام ، فكان موضع الخلاف الشروط التى ليس لها دليل خاص يثبت الصحة أو ينفيها ، فأحمد يجعلها صحيحة والجمهور يجعلونها ملغاة .

احتج الجمهور لمذهبهم من أنه لا يلزم الوفاء بشرط إلا إذا قام دليل عليه :

(أولا) بقوله ﷺ : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط » فكل شرط لا يقوم دليل على صحته فهو باطل ملغى ، لأنه ليس فى كتاب الله .

(وثانياً) بقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل

حراماً أو حرم حلالا ، ولو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبته لكان الشرط محرماً للحلال . إذ يمنع من حق كان للإنسان . ويجعل مالم يكن لازماً فى مرتبة الوجوب .

(وثالثاً) بأن آثار العقد من صنع الشارع صيانة لعقد الزواج عن الاضطراب ومنعاً للناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأهوائهم . فتخرج عن معناها . وما يحوطها به الشارع من تقديس .

واستدل لأحمد بن حنبل ـ أولا ـ بقوله ﷺ : « إن أحق الشروط أن توفوا بها مااستحللتم به الفروج » فهذا الحديث أوجب الوفاء بكل شرط يذكر فى عقد الزواج ، ولو لم يكن له نص خاص ، أو دليل خاص ؛ لأن مالا دليل له من الشروط ، هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه ، وشمول مايدل عليه. وتأكيد طلب الوفاء به ، ولقد روى أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها. أى لا تسكن إلا فى دارها ، ثم بدا له بعد ذلك أن ينقلها إلى داره ، فتخاصما إلى عمر . فقال عمر : « لها شرطها ، مقاطع الحقوق عند الشروط » .

ـ وثانياً ـ بأن الشروط فيها منفعة مقصودة لمشترطها ، وكان رضاه بالعقد على أساسها ، وهى لا تمنع تحقق مقاصد النكاح التى قام الدليل الشرعى على طلبها . فكان لابد من الوفاء بها إجابة للأمر العام الذى تضافرت النصوص عليه . وهو وجوب الوفاء بالعقود والعهود ، وإن حصل خلل فى الوفاء ، فقد حصل خلل فى الرضا الذى كان قوام العقد ، فكان حقاً أن ينظر فى رضا المشترط من جديد أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد .

وإن أحمد بن حنبل إذ أوجب الوفاء بكل شرط لم يقم دليل على نقيضه يجعل العقد غير لازم عند تخلفه بالنسبة لمن اشترط الشرط لنفسه ، فإنه يكون له حق الفسخ إذا لم يكن وفاء بالشرط ، ولم يمكن حمل المخالف على الوفاء ، فإذا اشترطت ألا يتزوج عليها ثم تزوج ، فإن العقد الثانى يصبح .

ولكن يكون للزوجة الأولى حق الفسخ ، أما إذا كان الشرط يمكن حمل المخالف عليه قضاء ، كأن تشترط ألا يخرج من بيتها ، فلها ألا تنتقل إلى منزله ، وتستحق كل حقوقها فى العقد مع امتناعها عن الانتقال ، لأن امتناعها بحق شرعى لها .

١٧٩ — هذه آراء الفقهاء فى تأثر مقتضى العقد بإرادة العاقدين ، وهذه أدلة المختلفين ، وقبل أن نترك ذلك الموضع نشير إلى ثلاث مسائل :

أولها : أن مالكا رضى الله عنه يرى كسائر الأئمة أن الشرط الذى لا دليل عليه وليس جزءاً من مقتضى العقد ولا يؤكده ، لا يجب الوفاء به ، ولكنه يرى أنه يستحب الوفاء (١) ، فهو يرى أن الوفاء غير لازم . ولكنه مندوب ، ويرى مع ذلك أن الاشتراط معيب ، وأن على مريد الزواج أن يحسن الاختيار فيستغنى عن الاشتراط .

ثانيها : أنه قد اقترح فى مصر الأخذ بمذهب أحمد بن حنبل فى مشروع سنة ١٩٢٦ فقد جاء فى المادة التاسعة منه ما نصه :

« إذا اشترطت الزوجة فى عقد الزواج شرطاً فيه منفعة لها ، ولا ينافى مقاصد النكاح ، كألا يتزوج عليها أو أن يطلق ضرتها ، أو ألا ينقلها إلى بلد آخر صح الشرط ولزم ، وكان لها حق فسخ الزواج ، إذ لم يف لها الشرط ، ولا يسقط حقها فى الفسخ إلا إذا أسقطته . أو رضيت بمخالفة الشرط .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت ذلك من مذهب أحمد بن حنبل وقصرت ما أخذت على المرأة دون الرجل ، لأنه يملك التخلص من عقدة النكاح متى أراد .

---

(١) راجع المقدمات الممهدات لابن رشد ص ٥٩ ، ٦٠ ، وقد جاء فيها أن مالكا رضى الله عنه كان ينهى الناس عن الاشتراط فى العقود ، إذ جاء فيها ما نصه : « قد قال مالك رحمه الله : أشرت على قاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط ، وأن يتزوجوا على دين الرجل وأمانته ، وقد كتبت بذلك كتاباً ، وصيح به فى الأسواق »

ولكن نص المادة والمذكرة يصرح بأن شرط تطليق الضرة يجب الوفاء به . وإلا يكن لها حق فسخ النكاح ، وذلك ليس هو الراجح فى المذهب الحنبلى ، إنما هو رأى أبى الخطاب من فقهاء الحنابلة . وهو مخالف لحديث أبى هريرة « لا تسأل المرأة طلاق أختها ، لتكفأ ما فى إنائها » وكان غريباً أن يختار الرأى غير الصحيح المنافى للحديث ، وفيه ظلم شديد للضرة ، وسير وراء الهوى الجامح .

ثالثها : أننا نرى أن الأولى والصالح أن تبقى الشروط فى الزواج خاضعة لمذهب أبى حنيفة بعد الدخول فلا تفسخ للشرط بعد ، إذ هو مذهب جمهور الفقهاء ، ولو أننا أخذنا بمذهب أحمد فى الشروط المقترحة بالزواج حتى بعد الدخول لكانت آثار عقد الزواج متأثرة بإرادة العاقدين ، ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية ، ويتقارب الزواج الإسلامى من الزواج المدنى الذى يعقد فى المدن اللاهية اللاعبة فى أوربا وأمريكا يعقد لرغبة عارضة ويفسخ لمثلها ، ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً ، والوفاء بها فى كل الأحوال لازما — لاضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب . ولنضرب لذلك مثلا ، شرطاً نص عليه فى المادة السابقة التى نقلناها عن المشروع ، وهو ألا ينقلها من بلدها ، فإذا كانت مثلا فى القاهرة لا ينقلها إلى طنطا أو أسيوط ، أو أسوان ، فإذا اضطره عمله إلى الإقامة فى أسوان فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجه وولده إليها ، وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام ، هى فى الشمال وهو فى الجنوب ، لا يتلاقيان إلا بشق الأنفس ، فأى زواج هذا ؟ ! وأى بيت يتكون من هذين العشيرين المتنائيين وكيف تكون رعاية الأولاد بين هذين الأليفين المتباعدين !! — إن ذلك أمر قد اختاره وارتضاه واضعو ذلك المشروع .

ولقد أحسن أولياء الأمر فى مصر ، إذ رفضوا الأخذ به على إطلاقه .

وعلى ذلك تقرر أن آثار عقد الزواج فى مصر كلها من عمل الشارع ، ولا أثر لما يشترطه الزوجان إلا إذا قام دليل من الشارع على وجوب الوفاء به .

وقد جاء فى المادة ١٣ من القانون السورى ما نصه :

١ — إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافى نظامه الشرعى أو ينافى مقاصده ، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعياً كان الشرط باطلا — والعقد صحيحاً .

٢ — وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ، ولا تقيد حرية الزوج فى أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً ملزماً .

٣ وإذا اشترطت المرأة فى عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج فى أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها — كان الاشتراط صحيحاً ، ولكنه ليس بملزم للزوج ، فإن لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية للقانون « لما كان المذهب الحنفى لا يعتبر الشروط فى الزواج وكان من الضرورى مراعاة الشروط التى تنظم الحياة الزوجية كاشتراط إسكان الزوجة فى مكان معين ، أو عدم التزوج عليها فقد مشى المشروع على قاعدة فى الشروط القوية استمدها من أقوال الحنابلة » .

ويلاحظ على المذكرة :

(أولا) أنها لم تبين وجه الضرورة فى الأخذ من مذهب ابن حنبل .

(وثانياً) أنها بنت القول على مذهب أحمد بن حنبل ، وابن حنبل لا يلزم الزوج بالشروط لما جاء فى الفقرة الثانية من القانون ، فإذا اشترط ألا ينتقل إلى مسكنه ورفضت لا يلزم بالذهاب إلى بيتها . بل يكون لها حق الفسخ . وإن اختارت البقاء ألزمت بالانتقال إلى بيت الزوج .

(ثالثاً) إننا لا نرى أى وجه للمصلحة فى اشتراطها ما يمس حقوق غيرها ، أو أعماله الخاصة .

(رابعاً) أن التفرقة بين ماهو خاص بتقييد حرية الزوج وما ليس بخاص دقيق جداً والأمر فيه عسير التمييز .

وقد اقترح فى مصر أخيراً الأخذ بمذهب أحمد بن حنبل فى الفترة بين العقد والدخول . لأنه عسى أن يكون قد غرر بها فى أسرته أو فى مرتبته. واعتبر كل وصف يصف نفسه به كشرط للزوجية ، وكل ما يذكره من ماليته كذلك ، ولا يجاز الفسخ لمثل هذا إلا فى تلك الفترة ، لتكون الزوجة على بينة من الأمر والفسخ إذا كان قبل الدخول والخلوة يعد بالنسبة لحقها وحق العباد كنقض للعقد من أصله ، فلا يثبت لها مهر ، ويعود إليها كل ما أسقط بسبب العقد .

حقوق الزوجين

١٨م — يرتب الشارع الإسلامى بمقتضى عقد الزواج حقوقاً للزوجين مشتركة ، وحقوقاً للزوج على زوجته ، وحقوقاً للزوجة على زوجها .

فأما الحقوق المشتركة بينهما ، فالحق الأصلى فيها حل العشرة الزوجية بينهما ، وحل مايقتضيه الطبع الإنسانى مما هو محرم إلا بالزواج ، لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم ، أو ما ملكت أيمانهم ، فإنهم غير ملومين » وفى الجملة أول مايفيده الزواج حل المساكنة بين الزوجين ، وربط المودة بينهما .

هذا هو الحق الأصلى المشترك ، وتبع ذلك حقان آخران مشتركان بينهما هما حرمة المصاهرة ، والتوارث بين الزوجين ، فإن العشرة لما حلت بين الزوجين ربطت بينهما لحمة تشبه لحمة النسب أو أقوى ، ثم ربطت بين أسرتيهما برباط المصاهرة ، فصارتا كأنهما أسرة واحدة ، ولذلك ثبتت بينهما حرمة المصاهرة ، ثم ثبت التوارث بسبب أن حل العشرة أو الصلة بين الزوجين ، بما هو مثل القرابة ، وإذا كانت القرابة تثبت الميراث . فالزوجية أيضاً تثبت الميراث بين الزوجين ، تلك هى شريعة اللطيف الخبير .

وإن هذا الحق يوجب بعض التفصيل النسبى فنقول فيه :

الميراث بالزوجية : والذى يثبت ذلك الحق هو الزواج الصحيح وغير الصحيح لا يثبت ميراثا قط ، ولو حصل دخول حقيقى ، لأن الأحكام التى تناط بالدخول فى العقد غير الصحيح ، سببها الدخول مع الشبهة التى أسقطت

الحد أو محت مع سقوط الحد وصف الجريمة ، أما العقد نفسه فلا يرتب عليه الشارع أى حق من الحقوق التى تثبت بالزوجية المجرد .

وعقد الزواج الصحيح يثبت الميراث على الوجه الآتى :

١ — إذا مات أحد الزوجين والزوجية قائمة ثبت الميراث ، سواء كان الزواج وهما فى مرض الموت ، أم كان الزواج وهما فى صحة كاملة ، وذلك عند الجمهور فى كل الصور ، وقال الإمامية الإثنا عشرية ، إذا كان الزواج والزوج فى مرض الموت ، فإن الزوجة لا تستحق من ميراثه شيئاً إذا مات قبل الدخول ، وقد قال فى ذلك صاحب مفتاح الكرامة « ومعاقد الإجماعات ، ومناطق الروايات وفتاوى الأصحاب على أن النكاح فى مرض الموت بدون الدخول باطل ، وإذا كان النكاح قد بطل بالموت قبل الدخول يزول سبب التوريث » .

ومع ذلك قالوا إذا كانت الزوجة هى التى تم زواجها فى مرض موتها ، وماتت قبل الدخول يرث زوجها .

٢ — إذا مات أحد الزوجين ، والمرأة فى عدة الطلاق الرجعى ، فإن الثانى يرث من مات ، لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الحقوق الزوجية إلا بعد انتهاء العدة ، ومن هذه الحقوق ، الميراث .

٣ — إذا مات الرجل وهى معتدة من طلاق بائن ، وقد كان الاتفاق على أنها لا ترث إذا كان الطلاق وهو صحيح . أما إذا كان الطلاق وهو مريض مرض الموت ، وكان بغير رضاها ، وسبب الميراث كان قائماً من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة ، فقد اختلفت الآراء فى ذلك على أربعة أقوال :

أولها — قول الشافعية أنها لا ترث ، لأن ميراثها يؤثر فى حق الورثة ، والاحتياط لها يجب ألا يؤثر فى حق غيرها .

ثانيها — قول الحنفية أنها ترث إذا مات وهى فى العدة ، وذلك لأن

الظاهر أنه قصد بالطلاق الفرار من الميراث ، فيرد عليه قصده ، وبعد العدة تزول معانى الزوجية ، ورد الشافعية ذلك بأن أحكام الشارع لا تناط بالبواعث ، بل بالأعمال .

ثالثها — قول المالكية أنها ترث ، ولو انتهت العدة وتزوجت غيره ، لأن الباعث على الطلاق هو الفرار ، فيرد عليه قصده ، وانتهاء العدة ، بل زواجها لا يمنع أنه قصد العبث بأحكام الشارع ، فلا يكون ثمة أثر لقوله بالنسبة للميراث .

رابعها — قول الحنابلة أنها ترث ما لم تتزوج ، فإذا مات بعد انتهاء العدة وقبل أن تتزوج ورثت وإلا لا ترث ، لأنها ترث بسبب الزوجية منه ، ويتعارض مع هذا كونها تزوجت غيره ، إذ لا يتصور أن تكون زوجة لاثنين .

والشيعة الإمامية عندهم رأيان :

أحدهما — أنها ترث ما لم تتزوج قبل وفاته كرأى الحنابلة .

والثانى — أنها ترث دائماً ولا يحل لها أن تتزوج ما دام حياً ، وذلك لأنه روى عن الإمام جعفر أن الطلاق فى مرض الموت بغير رضاها يكون باطلا لا يقع .

هذا والزوج يرث من زوجته فى كل تركتها . وهى ترثه فى كل تركته عند الجمهور . وقال الإمامية إن الزوج يرث كل ما تمتلك فى كل الأحوال والصور . وأما الزوجة فإن كانت ذات ولد من المتوفى فالمشهور أنها ترث من كل ما يملك . وإن لم تكن ذات ولد فالمشهور أنها لا ترث من الأرض ، وترث مما عداها ، وإذا كان على الأرض أبنية أولها أدوات لخدمتها فهل تأخذ منها — هنالك ثلاثة آراء عندهم .

أولها — أنها تأخذ حصتها من قيمة ما على الأرض على أن يكون ذلك دينا على التركة فلا يكون لها حصة فى ذات الأبنية ، بل حصتها فى قيمتها جبراً عنها .

ثانيها — أنها لا تستحق شيئاً من الدور والحوانيت ، ولكن تأخذ حصتها من الأبنية والمخصصات فى الأراضى الزراعية والبساتين ، وقيل إنها لا تحرم إلا من الدور والحوانيت ، وتأخذ حصتها من ذات الأراضى الزراعية والبساتين والأراضى الخالية من البناء .

ثالثها — أنها لا تأخذ من الأراضى ، ولا مما عليها ، وقد اختار ذلك القانون الإيرانى .

١٨١ — وحقوق الزوج على زوجته هى ، أولا — حق الطاعة فى كل ما هو من آثار الزواج ، وما يكون حكما من أحكامه .

وقد جعل الشارع للرجل حق تأديب المرأة بالمعروف واللائق بمكانهما ، وذلك لأن طبيعة كل اجتماع تجعل لواحد منه درجة أعلى من غيره وتجعل له سلطاناً فى الإصلاح والتهذيب ، وقد كانت هذه الدرجة للرجل ، ولذلك قال الله تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة » .

وجعلت هذه الدرجة للرجل ؛ لأنه أقدر على فهم الحياة ، وما يجب لها بحكم اختلاطه فى المجتمع العام ، ولأنه أقدر على ضبط عواطفه ، وتغليب حكم عقله ، ولأنه يشعر بالمضرة المالية وغيرها ، إن فسدت الحياة الزوجية أو انقطعت ، وكل الشرائع سواء أكانت مدنية أو دينية تجعل للرجال درجة على النساء ، ولذلك قال الله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم » .

والتأديب له حد أدنى ، وهو الوعظ والإرشاد ، وحد أعلى وهو الضرب غير المبرح ، وغير الشائن الذى يوجد جفوة وإيحاشا ، وهذا الحق حدده الله بقوله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، إن الله كان علياً كبيراً » .

وهذه الطرق الثلاث ، هي لكل النساء ، وليست كل امرأة تكون لها كل هذه الطرق ، فمن النساء ، من تكفيها الإشارة تأديباً ، والإعراض اليسير هجراً ، ومنهن من لا يجدى معهن إلا الضرب ، وذلك واقع فى كل زمان ، وهو مظهر ولاية التأديب ، ولكن الإسلام منع الضرب إذا كان مبرحاً ، أو شائناً ، كالضرب بالنعل مثلا .

والهجر الجائز هو الهجر الجميل ، وهو الهجر من غير جفوة موحشة ، وهو المنصوص عليه فى قوله تعالى : واهجرهم هجراً جميلا » .

والوعظ طبقات أخفها التنبيه الدينى أو الخلقى من غير تنقص ، وأعلاها اللوم ، والتنبيه إلى العيوب ونتائجها ، ولكل حال نوع من القول ، وطريق فى الخطاب ، والعاقل من عرف لكل أمر علاجه ، ولكل داء دواءه

٢ — والقرار فى بيت الزوجية من حقوق الزوج على زوجته ، لأنها القائمة بشئونه ، المحافظة على ما فيه ، والتوزيع الطبعى فى الوجود يقتضى أن يكون عمل الرجل فى الخارج وعمل المرأة فى الداخل ، وكل من قال غير ذلك ، فقد خالف الفطرة ، وطبيعة الوجود الإنسانى ، ولذلك قال الله تعالى فى حق المعتدات : « ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » وإذا كان خروج المعتدات فاحشة مبينة ، فأولى بذلك خروج المتزوجات .

والقرار فى البيت حق للزوج إذا كان قد قدم لها معجل صداقها ، ولم يكن خروجها لصلة ذى رحم محرم منها ، وعلى هذا لا تخرج إلا بإذنه إذا كان قد قدم ما يجب عليه .

أما إذا كانت تريد زيارة ذى رحم محرم منها ، فإن كان أحد أبويها ، فلها زيارته ، ولو لم يأذن زوجها ـ كل أسبوع . أو يكون أحدهما فى حال مرض ، فلها أن تعوده من غير قيد ، لأن ذلك صلة للرحم ، ومنعها قطع للرحم ، ولا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، وإن كان غير أبويها ، فلها

أن تزورهم كل سنة مرة ، وقيل كل شهر ، وروى عن أبي يوسف أن لها أن تخرج لزيارة أبويها ومحارمها في المواعيد السابقة بغير إذن زوجها ، إذا كانوا يعجزون هم عن زيارتها ، أو يشق عليهم ، أما إذا كانوا لا يعجزون فليس لها أن تخرج لزيارتهم إلا بإذن زوجها ، والمشهور هو الرواية الأولى وهي عدم الحاجة إلى الإذن في الحدود السابقة .

وليس لها أن تبيت عند أحد إلا بإذن زوجها ، وإذا كان أحد أبويها مريضاً ولم يجد من يتعهده سواها ، فلها أن تتعهده ، وتقيم عنده بقدر حاجته من التعهد من غير أن تكون عاصية أو آثمة سواء أكان أبوها مسلماً أم كان غير مسلم ، لأن الإحسان إلى الأبوين ، لا يشترط في وجوبه الإسلام .

وليس لها أن تدخل أحداً في بيته بغير إذنه ، إلا أن يكون ذا رحم محرم في الأوقات السابقة ، أي يزورها أبواها كل أسبوع ، وسائر محارمها كل سنة على الراجح .

٣ — ومما جعله الشارع أثراً للزواج ، وحقاً للزوج ثبوت الولد من الزوج ، إن أتت به على فراش الزوجية الصحيحة على تفصيل وقيود ، وذلك لأن الزواج يوجب ثبوت النسب ما لم يقم أمر قطعي ينفي الثبوت ، ولذلك يقول النبي ﷺ : « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » . والحنفية على أن السبب في ثبوت النسب هو نفس العقد من غير اشتراط الدخول ، أو إمكان الدخول ، لأن العقد هو الأمر الظاهر الذي تتعلق به الأحكام ، ولأن الحديث قد جعل فراش الزوجية هو السبب في ثبوت النسب من غير أن يشترط شرطاً ، وقال بعض الفقهاء : إن السبب الموجب لثبوت النسب هو العقد مع إمكان الدخول ، وذلك ما اختاره القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، على ما سنبين إن شاء الله تعالى .

١٨٢ — وللزوج على زوجته حق رابع ذكرته السنة النبوية ، ولم

يذكره فقهاء الحنفية فى فقههم، وهو القيام على شئون البيت ورعايته، والعمل فى البيت من طهى وكنس وتنظيف بما يليق به حال زوجها من يسر أو عسر، وهو حق جرى العرف به فى كل العصور، وجاء به الهدى النبوى الكريم.

ولهذا قالت طائفة من فقهاء السلف إن عليها خدمة البيت والأولاد، وبه قال أبو ثور من أصحاب الشافعى، ولكن قال أبو حنيفة ومالك والشافعى إن عقد الزواج للعشرة الزوجية لا للاستخدام وبذل المنافع، فليس من مقتضاه خدمة البيت والقيام بشئونه، وإن إعداد البيت واجب على الزوج، وحق للمرأة، ولذلك قال تعالى: «أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم».

وليس فى أدلة الشرع ما يلزم المرأة بخدمة زوجها وأولادها وبيتها، ولو من طبقة تجيز ذلك، أما غير هؤلاء فقد قالوا إن الخدمة واجبة عليها فى الدائرة التى تحدها حال الزوج المالية ومرتبته الاجتماعية التى تعلو بها زوجته، فإن كان ذا مال يخدم بالخدم والحشم كان عليها الإشراف لا الخدمة، وإلا فعليها الخدمة.

وذلك لما ورد من الآثار الصحاح التى تثبت أن نساء النبى كن يقمن بخدمة البيت، ونساء الصحابة كن كذلك.

ولقد قالت أسماء بنت أبى بكر الصديق خليفة رسول الله ﷺ وزوج الزبير بن العوام: «كنت أخدم الزبير خدمة البيت كله، وكانت له فرس فكنت أسوسها وكنت أحش لها، وأقوم عليها».

ولقد ذهبت فاطمة بنت رسول الله ﷺ وسيدة نساء العالمين إلى أبيها تشكو إليه ما تلقى فى يديها من الرحى.

والعرف جار بأن خدمة البيت بما يليق بمثل زوجها واجبة عليها.

وإن الرجل الذى لا خادم له إن جعلنا خدمة البيت ليست عليها تكون عليه، فيقوم بالخدمة فى البيت والعمل فى الخارج، وذلك ليس من العدل

فى شىء . وإن الله سبحانه وتعالى جعل للرجال على النساء درجة ، فقال : «وللرجال عليهن درجة» ، وهذه الدرجة تقتضى أن تكون خدمة البيت عليها ، فوق ما بينا من أثر ، وعرف ، وعدل .

لهذا نرى أنه ليس من الشرع الإسلامى فى شىء قول من يقول إن المرأة ليست عليها خدمة بيتها أو القيام على شئونه وطهى طعامها ، وهو بعيد عن الإسلام بعده عن المألوف المعروف .

١٨٣ — حقوق الزوجة على زوجها : للزوجة على زوجها حقوق :

أولها — العدل ، لأنه إذا كان الرجل هو صاحب الكلمة العليا فى البيت ، وله إرادة نافذة فيه ، فهو المسئول أولا عن إقامة العدل ، وخصوصاً أن له الطاعة والتأديب ، والمنع من الخروج ، والعدل المطلوب هو الذى تطيب به النفس ويرتاح إليه القلب ، وتصان معه الحقوق .

ويكون العدل من المتزوج بواحدة أن يعاملها بما يحب أن تعامله به ، بحيث لو فعلت به مثل الذى يفعل بها لقبله منها ، وليتذكر قوله تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » ، وأن تلك الدرجة قد حدها الشارع بالطاعة والتأديب غير الجافى والقرار فى بيته ، ولقد قال تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » ، وفسر بعض العلماء المعاشرة بالمعروف بأن يعاملها بما يحب أن تعامله به ، ولقد قال النبى ﷺ « خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلى » .

أما إذا كان متزوجاً أكثر من واحدة فالعدل تتشعب نواحيه ، فيصبح مطالباً بالعدل معهن جميعاً ، فلا يظلمهن ، بل يعاملهن بما يحب أن يعاملنه به ، ويكون مطالباً بالعدل بينهن ، فلا تنقص واحدة فى المعاملة عن الأخرى ، بل عليه المساواة فى المعاملة الظاهرة بينهن ، وذلك شرط الحل ديناً ، فقد قال تعالى : « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » .

والعدل الظاهر هو المطلوب ، أما المساواة فى المحبة القلبية ، فليست بمطلوبة ، ولذلك كان النبى ﷺ يقسم بين زوجاته ، ثم يقول : « اللهم إن هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » .

والعدل الظاهر هو : أولا — القسم فى البيات ، بأن يبيت عند الواحدة بمقدار المدة التى يبيتها عند الأخرى ، ولا فرق فى ذلك بين البكر والثيب ، والقديمة والجديدة ، والعجوز والشابة ، والمسلمة والكتابية ، وهذا عند أبى حنيفة وأصحابه وذلك لأن السبب الذى يربطه بكل واحدة منهن هو الزوجية وهى قدر مشترك عند هؤلاء جميعاً ، وإذا اتحد سبب العلاقة الشرعية ، وجبت المساواة فيها .

والقسم مطلوب فى الصحة والمرض على السواء ، لأن النبى ﷺ كان يقسم بين أزواجه ، وهو مريض حتى أذن له فى القرار فى بيت عائشة رضى الله عنها ولولا أن القسم حقهن فى المرض ما كان عليه السلام فى حاجة إلى أذنهن ؛ ليقر فى بيت عائشة .

ولا يسقط القسم إلا فى السفر ، فإن له فى سفره أن يصطحب أى واحدة أراد ، وإن قدم من السفر فليس عليه أن يقيم عند الأخرى بمقدار المدة التى صاحبته هذه فيها ، ولكن الأفضل أن يختار عند السفر واحدة منهن بالقرعة ، وأوجب بعض الفقهاء ذلك لتطيب نفس الأخرى ، ولا تحس بمرارة التفضيل ، وزيادة المحبة لضرتها .

ولصاحبة الحق فى القسم أن تنزل عنه للأخرى ، لأن القسم حقها ، وما دام خالصاً لها ؛ فلها إسقاطه ، ولقد روى أن سودة بنت زمعة زوج النبى ﷺ نزلت عن حقها فى القسم لعائشة رضى الله عنهما .

وثانى الأمرين اللذين يتكون منهما العدل الظاهر بين الأزواج المساواة فى النفقة بشعبها الثلاث ، وهى الطعام ، والسكنى ، والكسوة . وذلك لأنه

على حسب المعمول به الآن ، وهو قول جمهور الفقهاء أن النفقة تقدر على حال الزوج ، وعلى ذلك يجب أن يسوى بين أزواجه فى النفقة ؛ لأن أساس التقدير وهو حاله من يسر أو عسر واحد بالنسبة لجميعهن — فتجب لهن بقدر واحد ، فتسوى فيها الغنية والفقيرة ، وابنة الأمير وابنة الخفير .

هذا هو الحق الأول من حقوق الزوجة ، وثانيها المهر ، وثالثها النفقة ، ولما كان هذان الحقان لهما أحكام تفصيلية ، وهى مطبقة فى دور القضاء الشرعى كان لابد من بيانهما بالتفصيل ، وإفراد باب قائم بذاته لكل واحد منهما .

المهر

١٨٤ – المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها، وهو حكم من أحكام عقد الزواج، أى أثر من آثاره، وليس شرط صحة، ولذا ينعقد الزواج من غير ذكر المهر، بل ينعقد الزواج ويلزم المهر، ولو اتفق الزوجان على أن لا مهر.

وشرع على أنه هدية لازمة وعطاء مقرر، وليس عوضاً كما فهم بعض الناس، ولذلك قال كمال الدين بن الهمام: «إنه شرع إبانة لشرف عقد الزواج». إذ لم يشرع بدلا، كالثمن والأجرة، وإلا وجب تقديم تسميته، ولقد سماه القرآن الكريم صدقة ونحلة، فقد قال تعالى: «وآتوا النساء صدقاتهن نحلة» (أى عطاء) وهذا التعبير يدل على أن المهر شرع ليكون هدية من الزوج لزوجته، ولكنها هدية لازمة لزوما متراخيا من غير وكس ولا شطط، ومن غير عنت ولا إجهاد.

فالمهر شرع على ذلك هدية لتقريب القلوب، ولذلك منع النبي ﷺ على بن أبى طالب من الدخول على زوجه فاطمة بنته عليه السلام، حتى يعطيها شيئاً من المهر.

ولكن لماذا كان المهر أو تلك الهدية على الزوج دون الزوجة؟ الجواب عن ذلك أن النظام الطبعى فى الوجود جعل الرجل يعمل لكسب المال والمرأة تقوم على شئون البيت فكانت التكليفات المالية كلها عليه، وكان من المناسب أن تكون هدايا الزواج المالية عليه أيضاً فهو يقدم هذا المال ليكون أمارة المودة وهى من قبيل البر والإخلاص.

وإن المرأة إذ تنتقل من بيت أبيها إلى بيت زوجها تستقبل حياة جديدة،

وهي تحتاج فى سبيلها إلى ثياب ، وزينة وعطر يليق بجمالها ، فكان من اللازم أن يقوم لها الزوج ببعض ما يعينها على ذلك ، ولذا أوجب الله المهر وأوجب العرف أن يقدم بعضه على الزفاف إليه .

وقد جرى عرف الناس على أن المرأة هى التى تعد أثاث البيت وما يحتاج إليه من فراش ، فكان من الواجب أن يعاونها الزوج على ذلك ببعض المال يقدمه ، فكان هو المهر ، أو بعبارة أدق معجله .

هذا وفى وجوب المهر فوائد أخرى كثيرة [1] يخرجنا بيانها عن مقصدنا .

١٨٥ — المهر حكم من أحكام العقد الصحيح ، وقد تقرر أن العقد الفاسد لا يترتب عليه أى حكم من أحكام النكاح ، لأن الشارع لا يقر بوجوده ، ولكن قد يصحبه دخول ، وتكون ثمة شبهة تسقط الحد ، فيكون المهر ، لأنه حيثما سقط الحد وجب المهر ، على ماهو مقرر فى الفقه الإسلامى عامة . فيكون المهر بسبب الدخول بشبهة ، لا بسبب العقد ذاته ، ولذا قالوا إن الدخول فى العقد الفاسد هو الذى يوجب المهر . والعقد لا يوجبه .

أما الزواج الصحيح فالعقد هو الذى يوجبه ، ويجب حكما من أحكامه ؛ ولا يجب شرطاً من شروطه . فهنا قضيتان : إحداهما وجوب المهر ، والثانية وجوبه على أنه أثر لا شرط . ولذلك وجب أن نثبت القضيتين من النصوص الإسلامية .

---

(١) مما ذكره صاحب البدائع فى فوائد المهر ما نصه : « إن ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد أخرى لاحصول لها إلا بالدوام على النكاح ؛ والقرار عليه لا يدوم إلا بوجوب المهر بنفس العقد ؛ لما يجرى بين الزوجين من الأسباب التى قد يحمل الزوج على الطلاق — من الوحشة والخشونة ؛ فلو لم يجب المهر بنفس العقد لايبالى الزوج عن إزالة الملك بأدنى خشونة تحدث بينهما ، ولأنه لا يشق عليه إزالته ، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ، ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطر عنده ، لأن ما ضاق طريق إصابته يعز فى الأعين وما تيسر طريق إصابته يهون فى الأعين ، ومتى هانت فى عين الزوج تلحقها الوحشة ، فلا تحصل مقاصد النكاح » .

أما القضية الأولى: فقد ثبتت بالقرآن الكريم فقد قال تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين . وقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » فدلت هاتان الآيتان على أن المهر واجب بإيجاب الشارع .

أما القضية الثانية : وهي أن المهر ليس شرط صحة ، فقد ثبت بالقرآن والسنة ، أما القرآن فقوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين » فدلت هذه الآية على أنه لا وزر إن كان طلاق قبل الدخول في عقد لم يسم فيه مهر ، ولا طلاق إذا لم يكن عقد صحيح، فكان هذا دليلا على أن العقد ينعقد صحيحاً إذا لم يسم مهر فيه ؛ ولو كان المهر شرطاً للصحة ما صح عقد الزواج من غير تسمية مهر .

أما السنة فما روى أن سائلا سأل عبد الله بن مسعود عن امرأة مات عنها زوجها ، ولم يكن قد فرض لها شيئاً ، فجعل يرده شهراً ، ثم قال أقول فيه برأيي . فإن يك صواباً فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمن ابن أم عبد ، وفي رواية فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان : أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط ، فقام رجلان ، وقالا نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في امرأة يقال لها بروع بنت واشق بمثل قضيتك هذه ، فسر ابن مسعود رضي الله عنه سروراً لم يسر قط مثله بعد إسلامه ، لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله ﷺ .

وهذا الحديث يدل على أن الزواج من غير ذكر مهر صحيح ، وأن المهر ليس شرطاً للصحة ، وأن الواجب عند عدم تسمية مهر هو مهر مثلها .

١٨٦ — وإذا كان المهر أثراً من آثار العقد في الزواج الصحيح ، فهو حق للمرأة ، ولها أن تسقطه ، وتبرىء زوجها منه ، إن كان ديناً لم تقبضه ، ولها أن تهبه له إن قبضته ، أو كان عيناً ، ما دامت من أهل التبرع واستوفى الأبراء أو الهبة شرطهما المقررة لها شرعاً .

ولكن عند تسمية المهر فى العقد لا يكون حقاً لها وحدها ، بل لا بد من ملاحظة حقين آخرين :

(أحدهما) أن الأولياء العصبة لهم أن يعترضوا إذا سمى ما هو أقل من مهر المثل عند أبى حنيفة ، وأن النكاح يفسخ باعتراضهم ، أو يزاد المهر المسمى إلى مهر المثل ، كما بينا فى موضعه .

(ثانيهما) أن كثيرين من الفقهاء جعلوا للمهر حداً أدنى لا ينقص عنه، ولا يسمى ما دونه ، لو ورد آثار تثبت ذلك الحد الأدنى ، ولأن مشروعية المهر فى عقد النكاح لشرف العقد ، ولمعاونة المرأة ، فيجب أن يكون بقدر لا ينزل بشرف العقد ، فتعين أن يكون له حد أدنى .

وقد اختلف الذين جعلوا للمهر حداً أدنى فى مقداره ، ورأى الحنفية المعمول بمذهبهم فى مصر وسوريا والعراق ولبنان أنه عشرة دراهم [1] ، وحجتهم فى ذلك ما روى عن عمر وعلى وعبدالله بن عمر أنهم قالوا لا يكون مهر أقل من عشرة دراهم ، وما كان لهؤلاء العلية من الصحابة أن يذكروا تقديراً معيناً لا يعرف بالرأى إلا أن يكونوا قد سمعوه من رسول الله ﷺ ، فكان ذلك فى مرتبة الحديث الصحيح المسند إليه عليه السلام ، وقد ذكروا فى هذا خبراً آخر نسبوه إلى النبي ﷺ ، وهو ما روى عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : لا مهر أقل من عشرة دراهم » ، ولكن رواية هذا الخبر فيها كلام يضعف الاستدلال به ، وفيما نقل عن الصحابة ما يكفى للإثبات .

---

(١) عشرة الدراهم المذكورة هى التى كانت فى الزمن السابق يقدر وزنها بوزن سبعة دنانير ، وذلك لأن الدراهم التى كانت مستعملة فى عصر عمر رضى الله عنه كانت ثلاثة أنواع ، منها ما كان وزن العشرة عشرة مثاقيل ، ومنها ما كان وزن العشرة ستة مثاقيل ومنها ما كان وزن العشرة خمسة ، فاختلف عمال بيت المال مع دافعى الزكاة والخراج ، فجمع عمر رضى الله عنه الأنواع الثلاثة ، وأخذ ثلثها ، فصار المعتبر من ذلك الوقت أن وزن عشرة دراهم سبعة مثاقيل فى كل المقدرات الشرعية ، والمثقال أو الدينار هو العملة الرئيسية ، وهو من الذهب ووزنه أكثر من نصف الجنيه بقليل جداً ، أما الدرهم فمن الفضة ، وعشرة الدراهم تساوى بالعملة المصرية فى الأوقات التى لا تضخم فيها خمسة وعشرين قرشاً .

١٨٧ — ومالك يرى أن أقل المهر ربع دينار ، أو مقدار ثلاثة دراهم ، لأن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من ذهب ، وهو يساوى ربع دينار ، ولكن فى قوله إن وزن النواة ربع دينار نظر ، إذ قدرت النواة بخمسة دراهم ، ويجوز أن يكون ما ذكر هو المعجل ، وعلى فرض أنه المهر كله ، فهو حجة على أبى حنيفة فى تقديره ، وليس حجة على من لم يقدروا للمهر حداً أدنى .

وهناك تقديرات أخرى ، فقدر ابن شبرمة الحد بخمسة دراهم ، وقدره سعيد بن جبير بخمسين درهما ، وقدره النخعى بأربعين ، وكلها تقديرات بنيت على ورود آثار كان المهر هو هذا المقدار ، ولم تمنع منعاً قاطعاً مادونه .

والشافعى ومعه بعض الفقهاء لم يعتبر للمهر حداً أدنى ؛ بل كل ما يصدق عليه اسم المال يصلح أن يكون مهراً ، لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » فكل ما يسمى مالا ، قل أو كثر تصح تسميته مهراً ، لقوله ﷺ « التمس ولو خاتماً من حديد » والخاتم من حديد لا يساوى عشرة دراهم ، ولا خمسة ، ولا ثلاثة .

١٨٨ — وليس للمهر حد أعلى باتفاق الفقهاء ، ولقد روى أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه رأى من بعض الناس مغالاة فى المهور ، فأراد أن يجعل للمهور حداً أعلى لا يتجاوزه أحد ليكون الزواج سهل المئونة ، فلما هم بأن يدعو الناس إلى ذلك خطأته امرأة ، وتلت قوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ، وآتيتم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتاناً ، وإثماً مبيناً » فسكت الفاروق أمير المؤمنين ، وقال : أخطأ عمر ، وأصابت امرأة . وروى أنه قال : « خاصمت امرأة ، عمر فخصمته » .

وإن الإمام عمر إذا كان قد غلب فى هذه المخاصمة ، فإنه لم يكن الباعث الذى بعثه إلا مستمداً من روح الشريعة ، وهو تيسير الزواج ، الذى دعا

إليه النبي ﷺ ، إذ قال : إن أعظم النكاح بركة أيسره مئونة » وروى عنه عليه الصلاة والسلام قال : « خير الصداق أيسره » .

١٨٩ — والمهر إذا كان واجباً على أنه أثر من آثار العقد ، لا على أنه شرط من شروط الصحة ، لا يلزم تقديمه عند إنشاء العقد ، أو قبل الزفاف ، بل يجوز أن يقدم بعضه ، ويؤخر الباقي إلى أجل معلوم كسنة أو شهر ، كما يجوز تأخيره إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة . فإذا كان الطلاق البائن ، وجب المؤجل ، وإن كان الموت ثبت المؤجل في تركته إن كان المتوفى هو الزوج ، وإن كان المتوفى هو الزوجة كان لورثتها أن يطالبوا الزوج ، ويكون المهر جزءاً من تركتها يقسمونه فيما بينهم .

ويجوز ألا يقدم شيء من المهر قط ، ويتفق الزوجان على تأجيله كله إلى أجل معلوم ، أو إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة (١) .

وإن سمى المهر ، ولم يذكر شيء خاص بتأجيله أو تعجيله قال أبو حنيفة وأصحابه يتبع عرف البلد الذي كان فيه العقد ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، فإذا كان العرف تقديم الكل قدم ، وإن كان العرف تقديم النصف قدم ، وإن كان العرف تقديم الثلثين كان الواجب تقديمه قبل الدخول الثلثين . وعرف بعض البلاد المصرية تقديم الثلثين ، وبعضها تقديم النصف .

---

(١) لقد جاء في حاشية الزرقاني المالكي ما نصه : « يكره التأجيل في الصداق كله إلى أجل معلوم ولو إلى سنة ؛ لئلا يتذرع الناس إلى النكاح بغير صداق ؛ بأن يظهروا أن هناك صداقاً ثم تسقطه المرأة ، ولمخالفته لأنكحة السلف » هذا ويلاحظ في مذهب مالك أمران في هذا المقام : (أحدهما) أن المهر إذا كان معيناً لا يصح تأجيله ؛ ولو اشترطا تأخير قبضه إلى ما بعد الدخول أثر ذلك في صحة العقد . وإذا كان غائباً غيبة قريبة يمكن إحضاره في يومين أو نحوه ودون ذلك جاز تأجيله إلى هذه المدة استثناء لقربها ، وإن كانت الغيبة بعيدة لا يصح التأجيل . (الأمر الثاني) أن الأجل في غير المعين إذا كان مجهولا يفسد العقد . ويكون من الواجب فسخ العقد قبل الدخول ، لا بعده .

وبعض الفقهاء يقول إنه إذا لم ينص على مؤجل ومعجل كان الأصل هو التعجيل أى يجب تقديم المهر كله قبل الدخول ، لأن الأصل أن المهر يجب بتمام العقد ، لأنه حكم من أحكامه ، وعقد الزواج لا تتراخى أحكامه عن أسبابه ، فكان الواجب تعديله بمجرد تمام العقد ، ولكنه يؤخر بالشرط ، ولا شرط فيبقى الأصل .

المهر الواجب

١٩٠ — يختلف المهر الواجب باختلاف التسمية وجوداً وعدماً ، وباختلاف مقدارها ، فقد يكون الواجب هو المهر المسمى فى العقد ، وقد يكون الواجب هو عشرة دراهم ، وقد يكون الواجب هو مهر المثل ، وقد يكون الواجب الأقل من المسمى وهو المثل .

وجوب المسمى : ويجب المسمى إذا كان فى العقد الصحيح أو بعده تسمية صحيحة معتبرة ، بأن يكون المسمى مالا متقوما معلوماً علماً ليس فيه جهالة فاحشة ، ولم تكن التسمية أقل من عشرة دراهم عند الحنفية. أو ما جعل حداً أدنى عند غيرهم . ولا يلزم أن يكون المسمى من النقود ، بل يصح من غير النقود من المثليات أو القيميات ، فيصح أن يكون المهر عقاراً ، كقصر أو ضيعة .

والجهالة اليسيرة فى التسمية تغتفر ، والجهالة الفاحشة لا تغتفر ، وحد ما بين الفاحشة واليسيرة ، هو الوصف ، فإذا كان الوصف غير معلوم. ولكن الجنس والنوع معلومان ، فإن التسمية تصح ، كأن يكون المهر قطن جيزة ، ولم يذكر رتبته فيعتبر الوسط ، وتعد هذه جهالة يسيرة ، ولكن إن جعل المهر حيوانا ، ولم يبين ماهو ، فهى جهالة فاحشة فلا تصح التسمية لأنه لا يعلم أى نوع من الحيوان يدفع .

وعند وجوب الوسط حال جهالة الوصف لا يكون الوسط هو المتعين للدفع ، بل يخير الزوج بين أن يدفع الوسط أو قيمته ، ولو كان المسمى مثلياً ، كالقطن وذلك لأن الوسط لم يثبت فى الذمة ، حتى يجب مثله ، إذ الذى يثبت فى الذمة يجب أن يكون معرفا بالجنس والنوع والوصف ، وهذا لم يعرف بالوصف ، فلم يثبت فى الذمة ، ولا يمكن أن يعين بذاته لأنه غير معين بالتعيين بل هو معروف بتعريف ناقص ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب الوسط غير معين ، أو قيمته .

والوسط لا يعرف إلا بالقيمة ، إذ أنه عند تحرى معرفة الوسط تكون وسيلة التحرى هى القيمة ، فعند معرفة المهر الواجب فى هذه الجهالة تكون القيمة هى المقياس فتثبت هى فى الذمة ؛ فصار الوجوب يتنازعه أصلان ، القيمة باعتبارها المقياس لمعرفة الوسط ، والوسط باعتباره المذكور فى العقد فيجوز له أن يدفع أيهما شاء .

وإنما جازت التسمية مع الجهالة واليسيرة ، لأن المكارمة تجرى فى المهور ، فلا تؤدى هذه الجهالة إلى المشاحة كالبيع ؛ إذ الأمر فيه مبنى على المساومة . وحيث كانت المساومة ، كانت المنازعة عند الجهالة ؛ ولأنه إن فسدت التسمية كان الواجب مهر المثل ، وهو أشد جهالة من هذا .

وهذا مذهب أبى حنيفة ومالك وأحمد ، ومذهب الشافعى أن هذه الجهالة تجعل التسمية غير صحيحة .

١٩١ — ويصح أن تكون المنافع مهراً وتسميتها تكون تسمية صحيحة إذا لم تكن جهالة فاحشة ، فإذا كان المذكور منافع عين معينة مدة معلومة ، أو منافع معينة يقدمها الزوج لزوجته ، أو لذى رحم محرم منها ، ويتراضيان على أن تكون مهراً أو بعض المهر ، فإن التسمية تكون صحيحة ، ويكون الواجب من المهر هو المسمى .

ولكن اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى صحة التسمية إذا كانت المنافع المسماة خدمة الزوج لزوجته مدة معلومة فقد قال الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف التسمية فاسدة ، ويجب مهر المثل ، وقال محمد التسمية صحيحة ولكن يكون المهر هو قيمة هذه المنفعة المسماة لا ذاتها ، لأن التسمية صحيحة مستوفية للشروط ، ولكن لا يمكن استيفاؤها ؛ لأنه يكون فى هذه الحال عليه طاعتها والأصل أن طاعته هو واجبة عليها له ، ولهذا التعذر وجبت قيمتها مع صحتها .

أما الشيخان فقالا إنه مادام قد تعذر الاستيفاء ؛ لأن فيه قلباً للأوضاع الشرعية ، كانت التسمية باطلة كتسمية غير مقدور التسليم .

ويلاحظ أن موضع الخلاف يقيناً هو فيما إذا كانت المنافع المسماة هى خدمة الزوج البيتية لها ، أما غيرها ، كزراعة أرضها ، أو بناء دارها ، أو رعى أغنامها ، فقد اختلفت فيه الرواية ، قيل إنه يجرى فيه الخلاف ، وقيل إنه لا يجرى فيه الخلاف ، واختلف الترجيح .

ويلاحظ أن المنفعة التى يصح تسميتها يجب أن تكون معلومة علما ليس فيه جهالة فاحشة كما بينا ، ويجب أن تكون مباحة شرعا ، فإن كانت غير مباحة شرعاً ، كبعض أنواع اللهو . فإن التسمية تكون باطلة ويجب مهر المثل .

١٩٢ — وقد تكون التسمية مكونة من المال والمنفعة ، فيسمى فى العقد مالا مع شرط منفعة معلومة لها ، أو لذى رحم محرم منها ، وفى هذه الحال يكون عليه الوفاء بالمنفعة المشروطة مع المال المسمى . سواء أكانت هذه مما يقوم بالعقد كسكنى دار ونحوها ، أم لا تقوم بعقد كأن تشترط أن يطلق ضرتها (١) وذلك بلا ريب منفعة لها . مع ملاحظة شرط أن تكون المنفعة

(١) الفقهاء يعتبرون الطلاق مباحا قضاء ، وإن كان يأثم فيما بينه وبين الله لأن طلق من غير حاجة إلى الطلاق ، وقد جاء بعض تفريعات لقضية فى اشتراط تطليق الضرة فإنهم يفرقون =

مباحة كما بينا ، وإذا كانت المنفعة لغير ذى رحم محرم ، فإن اشتراطها يكون لغواً ، ويكون المعتبر هو المسمى فقط ؛ لأن ذلك يكون شرطاً فاسداً فيصح العقد والتسمية ، ويلغو ذلك الشرط بخلاف ذى الرحم المحرم ، إذ أن منفعتها منفعته فإن اشترطت له ، فكأنما اشترطت لها فلا زيادة على مقتضى العقد إذ ذلك جزء من المهر .

وإذا وفى بالمنفعة المذكورة مع المسمى ، وجب المسمى ، وإن لم يوف بها وجب مهر المثل بشرط ألا يقل عن المسمى . أما وجوب مهر المثل ، فلأنها مارضيت بالمسمى وحده ، إنما رضيت به منفعة أخرى قد اشترطتها ، ولم يف بها فكأن التسمية صارت باطلة ، فيجب مهر المثل ، وإنما يشترط ألا يقل عن المسمى ؛ لأنه رضى به مع منفعة يقدمها ، فأولى أن يرضى به عند الوفاء بهذه المنفعة .

١٩٣ — هذا ويلاحظ أن زفر لا يعتبر كل منفعة مشروطة مع مهر مسمى واجبة الوفاء ، بل إن المنفعة الواجبة هى التى يمكن أن تقوم بمال فى العقد كاشتراط منفعة عين ، أو نحو ذلك ، فإن لم تكن مما يقوم بالمال كطلاق ضرتها أو اشتراط ألا يتزوج عليها ، فإن الشرط يعتبر لغواً لا يلتفت إليه ؛ ويكون الواجب هو المسمى فقط . لأن ما يكون جزءاً من التسمية هو ما يجب الوفاء به من الأموال أو المنافع التى تقوم بالمال فى العقود . فإن لم تكن كذلك فليست جزءاً من التسمية ، فيكون ذكرها لغواً .

= فى اشتراط تطليق الضرة بين التعبير بالمضارع ، والتعبير بالمصدر ، فإنه إذا قال لمن يتزوجها عند إنشاء الزواج : تزوجتك على مائة جنيه بشرط طلاق ضرتك يقع الطلاق بمجرد عقد الزواج ، ويكون رجعياً . لأن ذلك يعتبر تعليقاً للطلاق على الزواج ، فالطلاق يقع بوقوع المعلق عليه ، وهو طلاق ليس فى مقابل مال ، أما إذا كان التعبير بلفظ المضارع كأن يقول تزوجتك على مائة بشرط أن أطلق الضرة ، فالطلاق لا يقع إلا بقول جديد ، ويكون من حيث البينونة على حسب حاله (راجع البحر الجزء الثالث ص ١٥١) .

أما أبو حنيفة والصاحبان فقالوا إن كل شرط يكون فيه نفع لها ، ولو لم يكن مقوماً بمال ، فهو جزء من التسمية ، وعند تخلفه يؤثر فيها ، لأنها إنما رضيت على أساس الشرط والتزام الوفاء به ، وفيه منفعة لها مباحة شرعاً وإن لم تكن مقومة ، فإذا لم يوف بها فقد فات الرضا بالمسمى ، فيرجع إلى مهر المثل ، إلا إذا كان أقل من المسمى ، فيجب المسمى لأنه رضى به مع اشتراط منفعة لها ، فأولى أن يرضى به مع عدمها ، كما ذكرنا .

١٩٤ — وقد تقترن التسمية بشرط فيه منفعة للزوج غير مقومة بمال أو مقومة ، أو بوصف مرغوب فيه ، كأن يسمى مائة على أن يسافر بها أو على أنها بكر ،[1] وفى هذه الحال إذا تحققت المنفعة ، وثبت الوصف المرغوب فيه ، فإن لها المسمى كاملا إذا تحقق شرطه الذى اقترن به ، فإن لم تحقق المنفعة أو لم يثبت الوصف ، ففى هذه الحال يجب مهر المثل على ألا يزيد على المسمى ، لأنه ما رضى بالمسمى إلا على أساس ذلك الوصف المرغوب فيه ، أو المنفعة المشروطة ، فإذا فات ما اقترنت به التسمية فقد فات الرضا بالمسمى لأنها رضيت به رضاً حراً ، مع تقديمها منفعة أو تحقق وصف ، فأولى أن ترضى به مع فواته .

١٩٥ — وقد يردد المهر بين منفعة لها أو له ، فيكون فى المهر تسميتان: (إحداهما) مقترنة بمنفعة لها ، (والثانية) غير مقترنة ، أو مقترنة

---

(١) كان اشتراط البكارة مع المسمى موضع كلام فى كتب الفقه الحنفى ، وقد جاء فى ابن عابدين نقلا عن البزازية « تزوجها على أنها بكر ، فإذا هى ليست كذلك يجب المهر حملا لها على الصلاح بأن يفرض أنها زالت بوثبة ، فإن تزوجها بأزيد من مهر مثلها على أنها بكر، فإذا هى غير بكر لا تجب الزيادة ؛ لأنه قابل الزيادة بما هو مرغوب فيه . وقد فات فلا يجب ماقوبل به . ولكن لإطلاق أصحاب الدرر والوقاية ، وملتقى الأنهر يفيد عدم الرجوع بالزيادة على مهر المثل » .

وترى من هذا أنه تبين أن البكارة غير قائمة لا يحمل عدم وجودها على أنها غير محصنة ، بل أنها زالت بوثبة ، وأن عبارات الكتب فيها بعض الاضطراب والاختلاف ، والراجح ما اخترنا .

بمنفعة له ، أو إحداهما مقترنة بوصف مرغوب فيه له ، والثانية غير مقترنة، كأن يذكر أن المهر مائتان إن كانت له زوجة أخرى ، ومائة إن لم يكن له زوجة أو مائة جنيه إن أقام بها ولم يسافر ، ومائتان إن سافر ، أو على مائتين إن كانت بكراً ، وعلى مائة إن كانت ثيباً ، أو على مائة إن كانت جميلة ، وعلى خمسين إن كانت دميمة (٢) وهكذا .

فإن كانت التسمية على هذا الشكل ، فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى ذلك على ثلاثة أقوال ، فقال الصاحبان إن التسمية على هذا الوجه صحيحة وأى شرط تحقق وجب مايقابله من المسمى ، وقال أبو حنيفة التسمية صحيحة، فإن تحقق شرطها وجبت ، وإن لم يتحقق شرطها وجب مهر المثل على ألا يزيد على الأكثر ، ولا ينقص عن الأقل ، وقال زفر التسميتان فاسدتان ، وعلى ذلك يجب مهر المثل فى كل الأحوال بشرط ألا يقل عن الأدنى ، ولا يزيد على الأكثر .

وحجة الصاحبين أنه إن كان هناك تسميتان — كانت على طريق البدل ، أى أن كل تسمية هى فى حال تختلف عن حال الأخرى ، ولا تجتمع الحالان ، لأنهما متضادان ، أو شبه متضادين فكأن هناك تسمية واحدة ، إذ أنه إذا سافر بها تعينت تسمية السفر ، وإن أقام بها تعينت تسمية الإقامة،

---

(١) قال بعض الفقهاء أن الترديد بين البكارة والثيوبة ، والقبح والجمال لا خلاف فيه بين الفقهاء فى المذهب الحنفى ، وأنهم متفقون على أن التسميتين صحيحتان ، ولكن كمال الدين ابن الهمام فى فتح القدير يرجح أن القبح والجمال على الخلاف ، فيقول : « واعلم أنه نقل عن الدبوسى أنه لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة ، وألفين إن كانت جميلة يصحان بالاتفاق؛ لأنه لا خطر فى التسمية الثانية ، لأن أحد الوصفين ثابت فى نفس الأمر جزماً ، غير أن الزوج يجهله ، وجهالته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعدمه ، واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقاً فيما إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة ، أو ليست له امرأة ، وبألفين إن كانت حرة الأصل ، أو له امرأة ، ولكن الخلاف منقول فيهما ، والأولى أن تجعل مسألة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص فى نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما » وإذن فكل ترديد على الخلاف .

وألغيت الأخرى ، وإذا كانت ثمة تسمية واحدة فإنها تجب إن وجد شرطها ، إذ لا تنازعها تسمية أخرى .

وحجة زفر أن فى العقد تسميتين ثابتتين معاً فى وقت واحد . لا على طريق المبادلة ، وأن ما اقترن بهما من شروط لغو لسببين :

(أحدهما) أن كل شرط فيه منفعة لا تقوم بمال لغو لا يلتفت إليه كما هو أصل مذهبه . وهذه الشروط التى تردد معها التسمية تشتمل على منافع لا تقوم بمال ، فذكرها لغو .

(وثانيهما) أن الإقامة وأخواتها شروط فاسدة . لأنها ليست من مقتضى العقد ، وبعضها يثبت من غير اشتراط ، فهو فى حكم اللغو أيضاً .

وإذا كانت الشروط ملغاة ، فإن العقد قد اشتملت التسمية فيه على تقديرين فى حال واحدة ؛ فتكون التسمية فاسدة ، وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل ، ولكن لأنها رضيت بالأكثر حداً أعلى فلا يزاد عليه ، ولأنه رضى بالأقل حداً أدنى فلا ينقص عنه .

ووجهة أبى حنيفة أن التسمية الأولى تسمية منجزة غير معلقة على شرط بل اقترنت بها منفعة لأحدهما ، والثانية معلقة على شرط ، فإن تحققت المنفعة المقترنة بالتسمية الأولى وجبت تلك التسمية ، ولا جهالة فيها ، وإن لم تتحقق تلك المنفعة ، فإن تلك التسمية لا تلغى بل تستمر قائمة ، أما التسمية الثانية ، إذا تحقق شرطها ، فتعتبر قد ذكرت مع تسمية أخرى هى التى اقترنت بشرط منفعة وقد تخلف الشرط ، وعلى ذلك إذا تحقق شرط الثانية يكون هناك تسميتان فى حالة واحدة فتفسد كلتاهما ، ويجب مهر المثل على ألا يزيد على الحد الأعلى لرضاها به ولا ينقص عن الأدنى لرضاه به .

١٩٦ — وجوب عشرة دراهم : يقرر الفقهاء الحنفية أن أقل المهر عشرة دراهم ، فلا تجوز تسمية أقل منها ، وإذا سمى الزوج أقل من عشرة دراهم

وجبت عشرة دراهم ، وقال زفر إن كانت التسمية أقل من عشرة دراهم وجب مهر المثل ؛ وذلك لأن التسمية حينئذ لا يعتبرها الشارع فتبطل ، ويصير العقد خالياً من التسمية . إذ تسمية ما لا يصلح مهراً لا تعد تسمية ، وإذا بطلت التسمية وجب مهر المثل .

ووجهة أبى حنيفة والصاحبين أن التسمية فى ذاتها صحيحة لأن المسمى معلوم ، وهو مال متقوم ، ولكنها أقل مما قرره الشارع ، فترفع إلى ماقرره ، وهو عشرة دراهم ، ومن جهة ثانية إنه لما ذكر بعض العشرة التى هى أقل ما يصلح مهراً كان كأنه ذكرها كلها ، إذ هى لا تقبل التجزئة والنقصان ، وذكر بعض ما لا يقبل التجزئة فى نظر الشارع ذكر له كله ، كمن يعفو عن بعض الدم فإنه يكون عفواً عن كل الدم ؛ وإذا عفا بعض الأولياء ثبت العفو كاملا ، ومن أعتق بعض عبده عتق كله . . . لأن هذه حقائق لا تقبل التجزئة ، ولما كانت عشرة الدراهم لا تقبل التجزئة ، فإذا ذكر بعضها ، كخمسة مثلا ، فقد ثبت كلها ، وهو عشرة .

وإذا كان المهر المسمى ليس من الدراهم وقيمته أقل من عشرة يرفع إلى عشرة أو ماقيمته عشرة ، والعبرة بالقيمة وقت العقد ، لا وقت القبض ؛ لأن شرط الشارع يجب تحققه وقت الإنشاء فقط .

١٩٧ — وجوب مهر المثل : مهر المثل يجب فى مذهب أبى حنيفة فى ثلاث أحوال :

(الحال الأولى) إذا لم يسم شىء فى العقد ، وتسمى المرأة فى هذه الحال المفوضة ؛ لأنها فوضت أمر مهرها ؛ ووجب مهر المثل فى هذه الحال ؛ لأنه بالعقد عليها وجب لها مهر لا محالة ، فإن كان هناك مهر مسمى ثبت ؛ وإن لم تكن هناك تسمية اتجه الوجوب إلى مهر المثل ، وقد ثبت ذلك بحديث ابن مسعود عن النبى الذى وافق فتواه فيمن مات زوجها ، ولم يسم مهراً ، فقد قال « إن لها مهر مثلها ، لا وكس ولا شطط » .

(الحال الثانية) إذا كانت هناك تسمية ، ولكنها فاسدة لجهالة فاحشة أو لأن المسمى مال غير متقوم ، فني هذه الحال يجب مهر المثل لأن التسمية الفاسدة تعتبر كلا تسمية ، وتعتبر التسمية أيضاً في حكم الملغاة ، إذا كان المسمى أقل من مهر المثل ، ولها ولى عاصب واعترض ، فإنه فى هذه الحال يجب أن يرفع المهر إلى مهر المثل أو يفسخ العقد ، وذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، وقد بيناه مراراً .

(الحال الثالثة) أن يكون هناك اتفاق على نفى المهر، فنى هذه الحال يجب مهر المثل ، لأن المهر حكم من الأحكام التى جعلها الشارع مترتبة على عقد النكاح فلا يملك العاقد نفيها ، وإن نفاها بشرط مقترن بالعقد كان الشرط فاسداً ، وأحكام الشروط الفاسدة فى النكاح أنها إن اقترنت بالعقد يصح العقد وتلغى ، ويجب المهر ، وإذا لم تكن تسمية يتجه الوجوب إلى مهر المثل.

ومن صور نفى المهر نكاح الشغار ، وهو أن يزوج رجل آخر من هى فى ولايته على أن المهر أن يزوجه الآخر من هى فى ولايته ، فمهر كل واحدة زواج الأخرى من الولى ، وقد كان هذا النوع من النكاح معروفاً فى الجاهلية ، ومذهب الحنفية فيه أن زواج كلتيهما قد خلا من ذكر المهر واشترط نفيه ، فيصح زواجهما ، ويجب لكل واحدة منهما مهر مثلها ، إذا هما قد اتفقا على إسقاط مهرهما ، فيبطل ذلك ، ويصح عقد الزواج ، إذ لا موجب لإبطاله ؛ لأنه شرط فاسد قد اقترن به ، ولا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة .

١٩٨ — ونكاح الشغار قد ورد النهى عنه ، فقد روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار ، وفسر الشغار بأن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما صداق.

وقد قال الحنفية إن النكاح صحيح ويجب مهر المثل لكل واحدة منهما لما بينا ، وقال فيه مالك والشافعى وأحمد إن النكاح فاسد ، وأساس

اختلاف أبى حنيفة مع سائر الأئمة الأربعة هو علة النهى ، فأبو حنيفة اعتبر علة النهى عدم التسمية ، ويزول أثر عدم التسمية بوجوب مهر المثل ، فيسلم العقد ؛ والأئمة الثلاثة جعلوا علة النهى عقد زواجين فى عقدة واحدة ، ولذلك فسد العقد ؛ لأن النهى منصب على صيغة الإنشاء .

ولذلك تصور هؤلاء أن يكون شغار مع ذكر مهر مسمى ، أما أبو حنيفة ، فلم يعتبر الشغار إلا فى عدم التسمية ، ولذلك لم يجعل الشغار مجتمعاً مع تسمية مهر ، إذ أنه فى حال التسمية لا شغار .

١٩٩ — تقدير مهر المثل : ومهر المثل الذى يقرر الفقهاء وجوبه فى كثير من الأحوال هو مهر امرأة من أسرة أبيها . كأختها وعمتها وابنة عمها . فإن يكن من أسرة أبيها من تماثلها ، اعتبر مهر امرأة تماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها ، ولا ينظر إلى قرابة الأم[1] .

والمماثلة المعتبرة أن تتماثل المرأتان فى السن والجمال[2] والمال ، والعصر ، والعقل ، والدين ، والبكارة ، والثيوبة ، والأدب والخلق ، وكونها ذات ولد أو ليست كذلك ، فإن لم تثبت المماثلة فى هذه الصفات بينها وبين امرأة قريبة ، انتقل التقدير إلى امرأة أبعد منها يماثلها فيها .

ولقد نص فتح القدير على أنه يعتبر حال الزوج أيضاً بأن يكون زوج هذه ، كأزواج أمثالها فى المال والحسب وعدمها ، فإنه إذا كان الزوج فى حال يرغب فى مثلها يتساهل معه فى المهر ، بما لا يتساهل مع غيره .

---

(١) وخالف الشافعى ، فقال إن لم يكن من أسرة أبيها من يماثلها اعتبر من يماثلها من أقاربها ذوى رحمها أياً كانت قرابتهم ، لأن القرابة ولو من الأم أولى بالاعتبار ، ووجهة نظر الحنفية أن نسب الإنسان من قبل أبيه ، فكان هو المعتبر ؛ وأن حديث ابن مسعود يقول : لها مثل مهر نسائها وهن قرابتها من الأب .

(٢) فى فتح القدير « قيل لا يعتبر الجمال فى بيت الحسب والشرف ، بل فى أوساط الناس » .

ويثبت مهر المثل بشهادة رجلين عدلين ، أو رجل وامرأتين ، فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه ، ولا شك أن الاتجاه إلى الإثبات ، إنما يكون عند الاختلاف ، أما عند الاتفاق على تقديره فلا حاجة إلى الإثبات ، إلا إذا ادعى الولى العاصب أن ما اتفقا على أنه تقدير مهر المثل غير صحيح ، فيكون عليه التقدم لإثبات الصحيح إن كانت عنده بينة .

وأيهما أقام بينة عند اختلافهما يثبت مدعاه ، وإن كان كلا الزوجين يدعى أن مهر المثل قدر معين ، وله بينة يريد الإثبات بها تقدم بينة الزوجة ، ولا تسمع بينة الزوج ، فإذا كانت الزوجة تدعى أن مهر المثل مائة ، ويدعى الزوج أنه ثمانون ، فمن أقام بينة منهما ثبتت دعواه ، وإن أقام كلاهما بينة ، سمعت بينة الزوجة وحدها ولا يلتفت إلى بينته ؛ وذلك لأنها تدعى عليه زيادة ، وهى فى مثلنا عشرون جنيهاً وهو ينكرها ، والبينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، وإن لم يقم أحدهما بينة على مدعاه ، فالقول قول الزوج بيمينه كما قدمنا .

٢٠٠ — وجوب الأقل من المسمى وهو مهر المثل : ذكرنا أن العقد الفاسد لا يوجب أى حق من حقوق الزوجية المعتبرة شرعاً ، ولكن إن حصل به دخول مع شبهة معتبرة ، وجب المهر ، والمهر المعتبر فى هذه الحال هو مهر المثل بشرط ألا يزيد على المسمى فى العقد الفاسد ؛ إذا كانت هناك تسمية معلومة صحيحة فى ذاتها بأن يسمى مال متقوم ليست فيه جهالة فيجب حينئذ الأقل من مهر المثل والمسمى فإن كان الأقل هو المسمى وجب ، وإن كان الأقل مهر المثل وجب مهر المثل .

وذلك لأن مهر المثل هو الواجب ، ولكنها رضيت بما دونه ، فتؤخذ برضاها إذ تعتبر بذلك قد أسقطت بعض حقها ، وهى رشيدة فتؤخذ بما

أسقطت ، أو تعتبر تلك التسمية تقديراً لمهر المثل من جانبها ، وقد وافقها الزوج عليها ، فلا يصح النظر إلى ما وراء ما اتفقا عليه إن كان أقل ، لا من حيث احترام الشارع للتسمية ، بل من حيث التراضى على تقدير مهر المثل .

هذا هو نظر أبى حنيفة والصاحبين ، وقال زفر يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ ؛ لأن العقد ما دام فاسداً ، لا يترتب عليه بذاته شىء ، فتكون التسمية أيضاً فاسدة ، فلا يلتفت إليها ، إذ تكون لغواً بحكم إبطال الشارع للعقد . ولأن النكاح فاسد إذا حصل به دخول كان كالبيع الفاسد إذا حصل به قبض ، ففى هذه الحال تجب القيمة ، ولا يجب الثمن المذكور ، فكذلك هنا يجب مهر المثل ، ولا يجب المهر المسمى ، ولا يلتفت إليه ، ولو أوجبنا الأقل من المسمى ومهر المثل ، لكان المسمى واجباً فى بعض الأحوال ، وكان ذلك اعترافاً من الشارع بالعقد الفاسد ، وذلك لا يمكن أن يكون .

٢٠١ — الزيادة والنقص بعد الوجوب : المهر عند إنشاء عقد الزواج تتعلق به حقوق ثلاثة : أولها حق الشارع فى ألا ينقص عن عشرة دراهم عند الحنفية ، وقد ذكرنا أنه إن ذكر أقل منها ارتفع المهر إليها .

(وثانيها) حق الولى العاصب فى ألا ينقص المهر عن مهر المثل عند أبى حنيفة ، فإن له الاعتراض على العقد ، حتى يرتفع المهر إلى مهر مثلها .

(وثالثها) حق الزوجة وهو الحق الثابت الدائم ، بل هو الأصل .

والحقان الأولان (وهما حق الشارع ، وحق الولى العاصب) لا يثبتان إلا عند الإنشاء ، ومتى تم العقد وقد روعى فيه هذان الحقان ، كان المهر بعد ذلك حقاً خالصاً للزوجة ، فالحقوق الثلاثة تثبت عند الإنشاء ، والثالث يثبت عند الإنشاء ، ويكون له وحده البقاء .

وإذا كان المهر حقاً للزوجة من بعد ، فإن لها بعد تمام العقد ، وفى أثناء قيام الزوجية أن تنقص من المهر ، كما أن له أن يزيد فيه ، وتكون الزيادة كأصل المهر فى حالة الدخول .

ويشترط فى حط المهر (١) أن تكون المرأة رشيدة ، بأن تكون بالغة عاقلة وغير محجور عليها لسفه أو غفلة ، لأن حطها من مهرها تبرع على وجه الإسقاط ، والتبرع لا يجوز إلا من رشيد ، (٢) ويشترط ألا يرد الزوج ذلك ، لأن حط المهر بعد وجوبه إبراء ، والإبراء ينعقد عند الحنفية بإرادة واحدة ، ولكنه يرتد بالرد ؛ لأن من الناس من لا يتحمل منه الإبراء من دين عليه ، (٣) ويشترط أن يكون المهر مثلياً معرفاً بالوصف ، كمائة جنيه مصرى أو عشرة قناطير من القطن من نوع معين ، ودرجة معينة ، أما إذا كان المهر معيناً ، فإنه فى هذه الحال لا يصح حطه ، لأن المثليات الموصوفة تثبت فى الذمة ، والأموال المعينة ، الحق يتعلق بها ، وعلى من هى فى يده تسليمها ، فإن أريد ترك بعض الحق فيها فإن ذلك يكون بهبتها ، وعلى ذلك يصح للزوجة إذا كان مهرها معيناً أن تهبه أو تهب بعضه لزوجها ، ولا بد حينئذ من القبول ، ولا يكتفى بعدم الرد ، ولا يسقط الحق بالإبراء ، أو الإسقاط (١) .

وسواء أكان ترك بعض المهر بالهبة أو بالإبراء ، فإنه يجب أن يتوافر الرضا بذلك توافراً كاملا ، ولقد كان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ومن بعدهم يتحرون ذلك خشية أن يكون الزوج هو الذى أرغمها على ذلك ، أو حملها عليه بما له من سلطان (٢) .

---

(١) نقل فى ابن عابدين لمها لمن قالت فى المهر المعين أبرأتك منه لا تذهب ملكيتها ، ولكن يسقط عنه الضمان ، فتصبح يده يد أمانة بحيث لو هلك لا يضمن ، لأن الملكية ولمن كانت لم تزل بكلمة أبرأت قد زال الضمان بها .

(٢) وللحرص على أن تكون حرة فى الإبراء أو الهبة كانوا يجيزون رجوعها فيها ، وكتب عمر إلى بعض قضاته : « إن النساء يعطين رغبة ورهبة فأيما امرأة أعطت ثم أرادت أن ترجع فلها ذلك » وحكى أن رجلا أبرأته امرأته من صداقها ثم طلقت فرجعت فاحتكما إلى عبد الملك بن مروان ، فحكم لها ؛ وقال شريح فى مثل هذا لو طابت نفسها ما رجعت ؛ وكان الأوزاعى لا يجيز هبة المهر إلا بعد أن تمضى منه .

وإذا تم نقص المهر بالإبراء أو الهبة فإن المهر يعتبر هو الباقى عند الصاحبين على ما سنبين .

ويصح للزوج أن يزيد فى مهر زوجته . وتلتحق هذه الزيادة بالمهر المسمى فى العقد فى أكثر الأحكام . ويلزم بها إن تأكد المهر . وشروط تمام ذلك أربعة :

أولها أن يكون من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلا رشيداً .

(وثانيها) أن تقبلها الزوجة ، لأنها هبة ، فلابد لها من القبول . ولا يدخل فى ملك الإنسان شىء جبراً عنه .

وثالثها أن تكون الزوجية قائمة ولو حكما (١) . لأن هذه الزيادة تلتحق بأصل العقد . فلابد من قيامه لكى تلتحق بأصله .

(رابعها) أن تكون معلومة ، لأن عقد الهبة على مجهول لا يصح ، وهذه الزيارة هى محل الهبة ، فلا بد من العلم بها .

والزيادة تجب كأصل المهر كما نوهنا ، ولكن يلاحظ أنه إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت ، فإن هذه الزيادة لا تعتبر من المهر ، بل تعتبر وصية ، وتطبق عليها أحكام الوصية . فتنفذ إن كان قانون الوصية ينفذها ، وإلا لا تنفذ .

وكذلك كان الحط من المهر فى مرض الموت لا يكون إبراء مجرداً ، ولا هبة مجردة من حيث المآل ، بل يطبق عليه قانون الوصية ، فينفذ إن كانت أحكامه تجوزه ، ولا ينفذ إذا لم تجوزه .

وخلاصة ما جاء فى القانون المصرى خاصاً بذلك أن الوصية تنفذ ، ولو كانت لوارث ما دامت لا تزيد على ثلث التركة .

---

(١) تعتبر الزوجية قائمة فى الطلاق الرجعى

٢٠٢ — وإذا كان الولى هو الأب أو الجد فله أن يزيد فى مهر القاصر وليس له أن يحط من مهر القاصرة ، وإنما جاز للأب أو الجد أن يزيد فى مهر القاصر ، لأن لهما عند أبى حنيفة أن يعقدا بأكثر من مهر المثل ، فلهما أن يزيدا بعد التسمية ، إذ لابد أن يكون ثمة داع لذلك ، فيه مصلحة للقاصر ، ولأن العرف جار بأن تهدى الهدايا الضخام من الزوج وأوليائه للزوجة ، وإن تلك الزيادة من قبيل الهدايا ، فتجوز جوازها ، ولم يجز للولى على القاصرة الحط من مهرها لأن العرف لم يجر على ذلك ، إذ تعير به الزوجة وأسرتها ، ولم يعرف أن الزوجة وأولياءها يقدمون الهدايا للزوج وأوليائه على ذلك النحو ، ولذلك لم يكن ثمة مبرر للحط من المهر ، نعم إنه كان يجوز للأب والجد عند أبى حنيفة أن يزوج بأقل من مهر المثل لمصلحة يرونها ، ولكن ذلك عند إنشاء العقد ، وبعد تمامه يقف العرف مانعاً دون ذلك . فإذا كان عند الإنشاء مسوغ ، فقد وجد بعده مانع .

مايؤكد المهر

٢٠٣ — يثبت المهر فى العقد الفاسد بالدخول مع وجود الشبهة ، وإذا ثبت يثبت مؤكداً لايقبل السقوط ، لعدم احتمال ورود مايسقطه .

أما العقد الصحيح فإن السبب فى وجوب المهر فيه هو العقد المجرد ، كما علمت ، فإذا تم العقد وجب المهر ، فإن كان هناك مهر مسمى تسمية صحيحة يقرها الشارع وجب ذلك المهر حقا للزوجة ، وإن لم تكن تسمية وجب بمجرد العقد مهر المثل وإن كانت التسمية لا يقرها الشارع لقلتها وجب الحد الأدنى الذى حده الشارع . وكل ذلك يكون فى ذمة الرجل للمرأة بمجرد العقد .

غير أن ذلك الوجوب ليس ثابتاً على الدوام ، بل يكون قابلا للسقوط كله أو بعضه ، إذا لم يوجد مؤكد من مؤكدات المهر ، فإذا حصل المؤكد صار المهر غير قابل للسقوط فى بعضه أو كله لأى عارض يحدث من بعد .

ومؤكدات المهر فى العقد الصحيح ثلاثة — أولها — الدخول الحقيق، وثانيها الموت، وثالثها الخلوة الصحيحة.

(ا) والدخول الحقيقى : يؤكد المهر سواء أكان مهر المثل أم كان المسمى، وسواء أكانت التسمية وقت العقد، أم اتفق عليها بعد العقد، فإن حصل دخول لايسقط من المهر شىء من بعد، إلا بإبراء الزوجة أو حطها جزءاً منه، ووجه تأكده بالدخول أنه بالعقد قد ثبت المهر حقاً للزوجة، ومسقطاته الواردة فى القرآن والحديث والقياس قد قيدت بحصولها قبل الدخول، فالطلاق يسقط نصف المهر، إذا كان قبل الدخول . . . وهكذا كل مسقط للمهر أو بعضه، فما دام قد حصل دخول، فقد أصبح تحقيق المسقط غير ممكن، ولأنه بالدخول قد استوفيت أحكام العقد أو جلها من جانب الزوجة، فكان حقاً أن تجب الحقوق التى على الزوج مؤكدة وأولها المهر، لأن الدخول مع الشبهة فى العقد الفاسد يوجب مهر المثل غير قابل للسقوط، فأولى أن يؤكده فى النكاح الصحيح، ويجعله غير قابل للسقوط.

(ب) والموت يؤكد المهر الثابت، سواء أكان الذى مات هو الزوج أم الزوجة، وذلك لأن المهر كان ثابتاً إلى أن يوجد مايسقط بعضه أو كله، وهو الفرقة قبل الدخول، وبالموت استحال وجود ذلك المسقط، فتأكد المهر، ولأن الموت أنهى عقد الزواج مقرراً كل أحكامه، ومنها الميراث، ومنها المهر، فيتقرر ويثبت به، ولذلك اتفق الفقهاء جميعاً على أن الموت الطبيعى، أو بقتل أجنبى لأحدهما أو بقتل الزوج زوجته أو بقتل الزوج نفسه، يقرر المهر ويؤكده وكذلك قال أبو حنيفة والصاحبان والشافعى ومالك إذا قتلت نفسها، بل قال أبو حنيفة والصاحبان أيضاً، إذا قتلت الزوجة زوجها، يتقرر مهرها.

ومن هذا نرى أن الفقهاء اتفقوا (١) على الموت الطبيعى (٢) وعلى قتل

أجنبي لأحدهما ، لأنه كالموت الطبيعي من حيث أنه ليس لأحدهما يد فيه ، (٣) واتفقوا على أنه إن قتلها الزوج يتقرر المهر ؛ لأن الجناية منه لا تسقط حقاً واجباً عليه (٤) واتفقوا على أن المهر لا يسقط شيء منه إذا قتل الزوج نفسه لأن ذلك كالموت بالنسبة لحقوق غيره ، وليس منها جناية عليه ، فيظن معها سقوط حقها ، وموضع الخلاف إذا قتلت نفسها ، أو قتلت زوجها. وأئمة المذهب الحنفي على أنه يتأكد المهر فيهما ؛ لأن المسقط هو الفرقة بينهما ، وهما على قيد الحياة ، وقد امتنع ذلك المسقط ، فيتأكد المهر فكل موت أياً كان طريقه يسقط المهر عند الحنفية .

٢٠٤ — ولقد قال زفر إن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها مخالفاً بذلك جمهور الفقهاء - لأن قتلها نفسها جناية ، وقد فوتت بهذه الجناية حق الزوج عليها ، فيسقط حقها في المهر ، إذا لم يكن مؤكداً بالدخول من قبل ، ولأن قتلها نفسها كارتدادها ، وهي إذا ارتدت قبل الدخول سقط كل مهرها .

وقال زفر مع الأئمة الثلاثة إن الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول سقط مهرها كله ، وخالف في ذلك بقية الحنفية كما نوهنا ، وحجة الأئمة الثلاثة وزفر أن قتلها زوجها جناية ، وما عهدت الجنايات مؤكدة للحقوق ، ولأنها تحرم من الميراث ، فأولى أن تحرم من المهر ، ولأن قتلها زوجها كردتها من حيث إنها أنهت الزواج بمعصية ، وإنهاء الزواج بمعصية يسقط المهر كله ، إن كان ذلك قبل الدخول .

والمعمول به في مصر ولبنان وسوريا والعراق مذهب أبي حنيفة والصاحبين الذي ذكرناه ، وهو أن الموت يؤكد المهر في كل صوره ، وأرى أنه لو عمل بمذهب الأئمة ، وزفر في حال ما إذا قتلت المرأة زوجها لكان ذلك أعدل وأقوم ، إذ أنها تتبرم بالحياة الزوجية قبل الدخول فتزيلها بقتل زوجها ، فكيف تنعم بمهر من هذه الحياة التي تبرمت بوجودها ! !

إن ذلك غير معقول فى ذاته ، وليس من العدل فى شىء .

٣٠٥ — والخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح تؤكد المهر كالدخول الحقيقى ، والخلوة الصحيحة هى التى يجتمع فيها الزوجان فى مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما ، ولم يكن ثمة مانع يمنع من الدخول الحقيقى ، فإذا حصل الاجتماع على ذلك النحو ، فقد حصلت الخلوة وتأكد المهر ، ووجبت العدة ، ولو لم يحصل فى الاجتماع دخول حقيقى .

وقد اشترط فى الخلوة الصحيحة الخلو من الموانع التى تمنع من الدخول الحقيقى : والموانع ثلاثة أقسام ، وهى :

الأول : المانع الحقيقى . وهو أن يكون بالزوجة مايمنع الدخول بها ، كأن تكون صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع الدخول ، أويكون بالزوج مايمنعه من الدخول بها كأن يكون صغيراً أومريضاً . فإذا كان المانع لم تكن الخلوة صحيحة .

والمانع الثانى : هو المانع الطبعى بأن يكون معهما ثالث ، فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده ، بل لايوجد معنى الخلوة مع وجوده ، سواء أكان الثالث صاحياً أم كان نائماً ، وسواء كان أعمى أم بصيراً ، والصبى الذى يفهم الأشياء يمنع وجوده تحقق الخلوة الصحيحة ، وإن لم يفهم الطفل شيئاً قط لايمنع وجوده الخلوة الصحيحة .

والمانع الثالث : هو المانع الشرعى ، وهو أن يكون أحد الزوجين فى حال يمنعه شرعاً من الدخول ، كأن يكون أحدهما صائماً ، أو تكون هى حائضاً ، فإذا كان ذلك فإن الخلوة لاتكون صحيحة .

ولقد استحسن القدورى فى كتابه أنه إذا كانت الخلوة غير صحيحة بسبب وجود المانع الشرعى ، فإن المهر لايؤكد ، ولكن العدة تثبت للاحتياط ، بخلاف ما إذا وجد المانع الحقيقى أو الطبيعى ، فإن الخلوة لاتصح .

ولا تتحقق فلا تثبت عدة ولا مهر [١] :

٢٠٦ — والخلوة كالدخول الحقيقى فى تأكد المهر ، فلا يسقط منه شىء بعدها . وفى ثبوت النسب ، وفى ثبوت العدة بالطلاق بعد الخلوة ، وما يترتب على ثبوت العدة من :

(١) وجوب النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام ومسكن وكسوة .

(٢) وحرمة نكاح محرم للزوجة حتى تنتهى عدتها ، لأن الجمع بينها وبين محرم لها ، كعمتها وخالتها غير جائز فى النكاح وفى العدة .

(٣) وحرمة تزوج أربع غيرها فى أثناء العدة ، لأن الجمع بين أكثر من أربع ، كما يحرم فى النكاح هو محرم فى العدة .

وتختلف الخلوة عن الدخول الحقيقى فى أحكام أخرى منها .

(ا) الإحصان فإن الرجل أو المرأة إذا زنيا ، وكانا محصنين كان الحد هو الرجم ، والإحصان هو الزواج مع الدخول الحقيقى ، والخلوة لاتقوم مقام الدخول الحقيقى فى هذا ، لأن الحدود تسقطها الشبهات ، فأولى ألا تثبت بالاشتباه فى تحقق شرطها ، ولذا لايثبت بالخلوة الإحصان ، فيكون الحد إن حصل زنى هو الجلد مائة .

(ب) حرمة البنات فإنه من المقرر أن حرمة بنت الزوجة على زوجها

---

(١) هناك رأى آخر هو أن العدة تثبت عند وجود مانع حقيقى أو شرعى ، ولكن لا يثبت المهر مع وجود أى مانع ، وقد رجح صاحب فتح القدير ما رآه القدورى إلا إذا كان الصغير قادراً ، والمرض غير مدنف أى غير شديد يوجب العجز التام . ولكن صاحب البحر رجح وجوب العدة عند وجود مانع شرعى أو حقيقى فقال : المذهب وجوب العدة مطلقاً (أى سواء أكان حقيقياً أم كان شرعياً) وظاهر أنها واجبة قضاء وديانة ، وقال العتابى : وتكلم مشايخنا فى العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهراً أم على الحقيقة ، فقيل لو تزوجت ، وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء » والجزء الأخير الذى نقله صاحب البحر عن العتابى يفيد فائدة جديدة وهى أن وجوب العدة إذا كانت الخلوة صحيحة خالية من الموانع الشرعية والحقيقية ، إنما هو فى القضاء لا فى الديانة وعلى ذلك إذا كانت متأكدة من عدم الدخول فإنه يحل لها الزواج من غير ديانة لا قضاء .

حرمة أبدية شرطها الدخول بالأم لنص الآية الكريمة «فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم». والدخول هنا هو الدخول الحقيقى، فلا تغنى الخلوة غناءه، فإذا اختلى بامرأة ثم طلقها لاتحرم بنتها بعد انتهاء العدة.

(حـ) حل المطلقة ثلاثاً لمطلقها، فإنها لا تحل له إلا بعد أن يتزوجها آخر، ويدخل بها دخولا حقيقياً، ثم يطلقها، وتنتهى عدتها، ولا تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول الحقيقى، لأن نصوص الشارع صريحة فى اشتراطه.

(د) الرجعة فإن الرجعة تثبت، إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقى هو الأول أو الثانى، ولم يكن على مال، إذ يكون الطلاق رجعيا — أما بعد الخلوة فإنه لاتثبت الرجعة، لأن الطلاق يكون بائناً قبل الدخول الحقيقى فى كل الأحوال.

(هـ) الميراث، فإذا مات أحدهما فى عدة الطلاق بعد الخلوة فإنه لا يرث مطلقاً، سواء أكان الطلاق فراراً من الميراث وهو الطلاق فى مرض الموت من غير رضاها، أم كان الطلاق لم يقصد به الفرار، وهو الطلاق فى الصحة أو فى مرض الموت برضاها، بخلاف الطلاق بعد الدخول الحقيقى، فإنه لايمنع التوريث إذا كان رجعياً، أو كان بائناً فى عدة الطلاق البائن إذا كان المطلق قد اعتبر فاراً من الميراث، ويمنع التوريث إذا كان بائناً ولا فرار فيه، وحينئذ يكون موضع الفرق بين الدخول الحقيقى والخلوة بالنسبة الميراث، إنما هو فى حالة الفرار، لأن الطلاق دائماً بعد الخلوة بائن، وهو يمنع الميراث فى الدخول الحقيقى، فأولى أن يمنعه فى الخلوة، وإنما يحتمل الميراث إذا كان بعد الخلوة مع الفرار، وقد جاء النص فى الفقه الحنفى بأنه لاميراث فى عدة الفار إذا كان الطلاق بعد الخلوة [1].

---

(١) فقد جاء فى ابن عابدين ما نصه: «قال الرحمتى وعلى هذا لو طلقها فى مرض موته بعد الخلوة الصحيحة وقبل الوطء ومات فى عدتها لا ترث؛ وبه جزم الطرافى فيما كتبه».

والسبب فى عدم ثبوت الميراث إذا حصلت الوفاة فى عدة الطلاق بعد الخلوة أن ثبوت العدة بعد الخلوة للاحتياط ، والميراث حق مالى لايثبت إلا إذا وجد سببه ، ولا يثبت للاحتياط ، ولأنه لو ثبت لها يترتب على ذلك نقص حق الورثة الآخرين أو بعضهم ، ولا ينتزع من أحد الورثة حقه إلا بسبب قاطع ملزم . فلا ينتزع بأمر وجب للاحتياط .

٢٠٧ — وإذا اتفق الزوجان على وقوع الخلوة ثبتت ، ووجبت أحكامها التى قررناها ، أما إذا اختلفا فى وقوعها ، كأن تطالب المطلقة بالمهر كاملا لأنه اختلى بها ، وقال الزوج لك نصف المهر ، لأن الطلاق كان قبل الدخول لم تسبقه خلوة ، فالقول قولها بيمينها ، لأن الأصل هو ثبوت المهر كله فى ذمته بالعقد ، وخلاف الأصل ثبوت نصفه ، والقول قولها ، لأنها تدعى الأصل .

هذا ماذكره ابن عابدين [١] والظاهر أنه إذا كانت لها بينة تسمع ، لأنها تقوم على واقعة معينة ، وهو يستمسك بأصل آخر ، وهو عدم وقوع خلوة أو دخول ، إذ أن ذلك هو الأمر الأصلى ، ومدعى خلافه عليه أن يثبته ، وإنما يتأتى كلام ابن عابدين فى حال ما إذا لم تكن بينة . فإنها تحلف من حيث إنه يدعى سقوط نصف المهر ، وهى تنكر ذلك .

٢٠٨ — هذه مؤكدات المهر الثلاثة عند الحنفية ، ويوافقهم فيها الإمام أحمد ويزيد عليها ، أما الشافعى فلا يرى أن الخلوة تؤكد المهر ، بل تؤكده عند الدخول الحقيقى ، والموت فقط ، ومالك كالشافعى ؛ ولكنه يرى أن من مؤكدات المهر أن تنتقل الزوجة إلى منزل الزوجية ، وتقيم فيها سنة بلا دخول حقيقى مع تهيؤ كل الأسباب له ، فالإقامة المذكورة تنزل منزلة الدخول الحقيقى ، وكأن المالكية لم يلغوا اعتبار الخلوة مطلقاً ، ولم يعتبروها

---

(٢) ذكر هذا ابن عابدين ؛ وذكر أنه أخذه عن الزاهدى فى القنية .

مطلقا ، بل اعتبروا الخلوة مؤكدة للمهر مع البقاء سنة ، وتعليل ذلك واضح ، إذ أنها باقامتها فى منزله سنة وخلوته بها من وقت لآخر - قد قامت بكل حقوق الزوجية من جانبها ، فحق لها المهر كاملا غير منقوص .

وقد قلنا إن أحمد بن حنبل يعتبر كل المؤكدات التى يذكرها الحنفية ، ويزيد عليها مؤكداً رابعاً ، وهو مايعد مقدمات للدخول ، فالنظر بشهوة ، أو التقبيل ، أو اللمس بشهوة - يؤكد المهر كالدخول ، ولو حصل فى غير خلوة ، بل لو حصل فى حضرة الناس ، لأن ذلك يعد استيفاء لبعض أحكام الزواج ، فتأكد المهر بها ، وهذا نظر سليم لو أخذ به فى عصر ، وطبقته المحاكم فى مصر وغيرها لكان فيه احتياط للفتاة وأسرتها ، فإن كثيراً من الأسر فى مصر بمجرد العقد يلتقى الشاب بالفتاة ويصاحبها فى الملاهى قبل أن تزف إليه ، وربما يعدل عن تمام الزواج بعد الاصطحاب الطويل ، ويسقط نصف المهر ، ويكثر القيلّ والقال .

سقوط نصف المهر

٢٠٩ — المهر يجب فى النكاح الصحيح بالعقد ، لأنه حكم من أحكامه كما بينا ، ولكنه وجوب على خطر السقوط قبل الدخول الحقيق والحكمى والموت فإذا طلقها قبل الدخول سقط نصف المهر ، وبقى الواجب فى النصف الباقى ، وذلك لقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم إلا أن يعفون ، أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير » .

فهذه الآية كما ترى تدل على أن المهر يسقط نصفه إذا حصل طلاق قبل الدخول ، وكانت هناك تسمية وقت العقد ، فإذا لم تكن هناك تسمية

وقت العقد ووجب مهر المثل لاينصف ذلك المهر ، لأن الذى ينصف هو المفروض بنص الآية ، إذ يقول سبحانه وتعالى : « وقد فرضتم لهن فريضة » .

وتنصيف المسمى بالطلاق قبل الدخول الحقيقى والحكمى يتفق مع القواعد الفقهية ؛ لأن الطلاق قبل استيفاء أى حكم من أحكام العقد يشبه نقض العقد من أصله ، فيقتضى ألا يثبت أى حكم من أحكامه ، فلا يجب من المهر شىء ، ولكن الطلاق فى ذاته إنهاء للعقد ، وليس نقضاً له ، وإنهاء العقد يقرر أحكامه السابقة على الإنهاء ، ولا يلغيها ، فكان بهذا النظر يجب أن يثبت المهر كله ، وكان من النظر لهذين المعنيين من غير ترجيح أحدهما على الآخر أن يجب نصف المهر ، إذ أن النظر الأول نفى المهر كله ، والثانى أثبته كله ، فتوسطا بين العاملين وجب النصف .

ثم إن وجوب النصف فيه معنى التسريح بإحسان الذى أمر به الله سبحانه ، فقد قال تعالى : « وسرحوهن سراحاً جميلا » لأن الفرقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة فأوجب الله سبحانه نصف المهر ، ثم حث الرجل على إعطاء النصف الآخر استحبابا إذا لم يكن الطلاق بطلبها ، ولذا قال تعالى : « وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم » .

٢١٠ — والمهر الذى يتنصف بالطلاق قبل الدخول هو المسمى وقت العقد ، كما نوهنا ، أما الذى فرض بعد العقد فإنه لا ينصف بالطلاق قبل الدخول ، بل تجب فيه المتعة . وهذا رأى أبى حنيفة ومحمد ، ورأى أبى يوسف فى قوله الأخير .

أما رأيه فى قوله الأول وهو رأى الشافعى ومالك وكثيرين فهو تنصيف المفروض بعد العقد ، وحجتهم أن الآية جاءت بتنصيف المسمى سواء أكانت التسمية وقت العقد أم بعده ، ولأن التسمية بعد العقد تلتحق بالتسمية وقته ، بدليل أنها تكون هى الواجبة ، إن تأكد المهر بدخول أو وفاة .

وحجة أبي حنيفة ومحمد أن الآية واردة فى المسمى وقت العقد ، كما هو الظاهر والغالب ، لأنها هي التسمية التى تقترن بالعقد ، وتكون جزءاً منه ، والعرف يطلق المفروض على ما يكون مسمى وقت العقد ، ولأنه إذا حصل العقد من غير تسمية انصرف الوجوب إلى مهر المثل ، لأنه بمجرد تمام العقد يجب مهر فور التمام لامحالة ، فإن كان ثمة تسمية صحيحة معتبرة شرعاً انصرف الوجوب إليها وإن لم تكن تسمية صحيحة انصرف الوجوب إلى مهر مثل(١) ، فإذا حصل اتفاق على تسمية مهر معين ، فإنما ذلك تقدير لمهر المثل ، ولذلك يجب المسمى ، على أنه مهر المثل قد اتفق عليه ، وإذا حصل مؤكد من مؤكدات المهر كان التأكيد لهذا القدر ، فإن حصل ما يوجب سقوط بعض المهر ، وجب حينئذ ما أوجبه العقد فى حال عدم التسمية ، وهو المتعة ، على ما سيتبين .

وإذا حصلت زيادة فى المهر المسمى من الزوج بعد العقد ، فإنها تتنصف عند أبي يوسف ، لأنها تلتحق بالمسمى ، فتسرى عليها أحكامه ، وتتنصف بالطلاق قبل الدخول ، كما تتأكد بالدخول ، والموت ، وقال أبو حنيفة ومحمد لا تتنصف ، لأن الذى يتنصف هو المسمى وقت العقد فقط ؛ لظاهر الآية كما ذكرنا (٢) .

---

(١) هذا مقتضى أصول الحنفية ، أما مقتضى أصول المالكية والشافعية فهو أن المهر يجب بنفس العقد إذا كان مسمى وقته ، أما إذا لم يسم وقته ، فيجب بالتراضى عليه بعد العقد ، أو بالدخول وإلا يجب مهر المثل ، ولذلك كانت المفوضة لا مهر لها عنده إن مات عنها قبل الدخول .

(٢) ذكر فى البدائع أن الذى يتنصف هو المسمى وقت العقد فقط ، فإن اشترطت ما فيه منفعة لها مع التسمية لا يلتفت إلى الشرط ؛ ولذا قال : لو شرط مع المسمى الذى هو مال=

٢١١ — وإذا حصل طلاق قبل الدخول ، وسقط نصف المهر ، أيعود النصف إلى ملك الزوج بمجرد الطلاق أم لا يعود إلا بالتراضى أو حكم القضاء ؟ إذا كان الطلاق قبل القبض ، فالنصف يعود إليه من غير حاجة إلى القضاء ، لأنه إن كان ديناً فقد سقطت المطالبة بنصفه بمقتضى النص الكريم ، وإن كان المهر معيناً فإن يده ثابتة عليه ، وليست لها المطالبة بالنصف ، لسقوط وجوب نصف المهر بمقتضى الآية الكريمة ، فالملكية حينئذ فى النصف إلى الزوج .

أما إذا كانت قد قبضت المهر فإن النصف لا يعود إلى ملكه إلا بالتسليم أو بحكم القضاء . وقال زفر ، وإحدى الروايات عن أبى يوسف ، يعود إلى ملكه من غير حاجة إلى القضاء لأن الطلاق قبل الدخول هو سبب عودة النصف إلى ملك الزوج ومتى وجد السبب وجد المسبب حتما ، وقد وجد الطلاق المذكور ، فيعود النصف إلى الزوج .

وحجة أبى حنيفة ومحمد ، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف أن المهر يملك بمقتضى العقد ملكا مطلقاً ، فإذا قبض فقد تعينت الملكية فى المقبوض ، والملكية اللازمة الناشئة عن عقد لا تنقض بقول أحد العاقدين ، فلابد من قضاء القاضى أو التراضى ، وقبل القبض لا تكون الملكية متعينة على الإطلاق فى المهر المعين بدليل أنه لو هلك يهلك مضموناً على من فى يده .

= ما ليس بمال ، بأن تزوجها على ألف درهم على أن يطلق امرأته ، أو على ألا يخرجها من بلدها ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف المسمى ، وسقط الشرط لأن هذا شرط إذا لم يقع الوفاء به يجب مهر المثل ، ومهر المثل لم يثبت فى الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره فلم يبق إلا المسمى فينصف وكذا إذا شرط لها مع المسمى شيئاً مجهولا ، كما إذا تزوجها على ألف وأن يهدى إليها هدية ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى .

وقبل أن نترك هـذا المقام نقول إن مالسكا يتفق مع الطرفين فى عدم تنصيف الزيادة مع وجوبها بالدخول والموت ، والشافعى يقول الزيادة بعد العقد ملغاة فى كل الأحوال إلا إذا كانت هبة .

ويترتب على أن ملكية النصف لا تعود فى المهر المقبوض إلى الزوج ؛ إلا بعد التسليم أو القضاء — أنه لو تصرف فيه قبل القضاء أو التسليم يكون تصرفه فيما لا يملك ، فيكون موقوفاً على إجازتها أو الحكم ؛ وإن تصرفت هى نفذ تصرفها لأن ملكيتها لم تزل عن العين ، وهذا عند الطرفين ، وعند زفر ، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف تصرفه ينفذ فى نصفه ، وتصرفها لا ينفذ فى هذا النصف ، لأن ملكيتها قد زالت عن النصف بالطلاق قبل الدخول .

٢١٢ — قد تبين فيما مضى أن المهر بعد تمام العقد خالص حق المرأة ، فلها أن تهبه لزوجها ، وأن تبرئه من بعضه أو كله ، وإذا وهبته له أو بعضه ، أو أبرأته منه أو بعضه ، وحصل طلاق قبل الدخول فما الحكم ؟ لقد أجاب الفقهاء عن ذلك السؤال ، وصوروا له صوراً وأحوالا شتى ، نكتفى بذكر ثلاث منها ، لأن بيان حكمها ودليلها يكشف عن حكم غيرها من المسائل المتشعبة وها هى ذى الصور الثلاث :

(الصورة الأولى) إذا أبرأته من المهر كله ، وكان ديناً ثابتاً فى الذمة لم تقبضه أو وهبته ثم حصل طلاق قبل الدخول ، فقال أبو حنيفة والصاحبان ليس له أن يرجع عليها بشىء إذا لم تأخذ منه شيئاً ، وقال زفر له أن يرجع عليها بنصف المهر ، وإن كانت لم تقبض منه شيئاً .

والخلاف بين زفر وأئمة المذهب يدور حول أصلين مقررين فى الفقه الحنفى (الأصل الأول) أن اختلاف السبب يترتب عليه اختلاف الحق ، والحقوق تختلف باختلاف أسبابها ، ووصول المهر بطريق الهبة غير وصول نصفه إليه بسبب الطلاق قبل الدخول فإذا حصلت هبة مهر وطلاق قبل الدخول ، فقد صار له حقان ، المهر بالهبة ، ونصفه بالطلاق قبل الدخول ، ولا يغنى أداء أحد الحقين عن وجوب الحق الآخر ؛ بل لا بد من أدائهما معاً .

(الأصل الثانى) أن الإنسان إذا وصل إليه عين حقه فلا يبالى باختلاف السبب . فما دام الحق تعلق بشىء بعينه ، فإذا وصل ذلك الشىء إلى صاحب الحق ، فقد وصل إليه كل ما له من حق متعلق به ، فإذا كان حقه فى براءة ذمته ، فإذا تمت تلك البراءة ، فقد وصل إليه عين حقه مهما تكن أسباب تلك البراءة ، وإذا تعلق حقه بعين من الأعيان ، فإذا آلت إليه تلك العين فقد تم له كل الحق مهما يكن سبب الوصول (١) . هذا أصل مقرر فى فقه أبى حنيفة . كما أن الأول أصل مقرر فيه أيضاً .

ولقد أخذ زفر فى هذه المسألة . (وهى هبة المهر الدين أو البراءة منه ثم الطلاق قبل الدخول) — بالأصل الأول (٢) فأوجب عليها النصف لأن السبب الذى وصل إليه المهر كله أولا كان بمقتضى الهبة ، أو الإبراء ، الذى جعل له الحق فى النصف هو الطلاق قبل الدخول ، وبتغاير السببين يختلف الحقان ، فتعين أن تؤدى إليه النصف .

وأخذ أبو حنيفة والصاحبان بالأصل الثانى ، فقالوا إن حق الزوج بالطلاق قبل الدخول فى مهر لم يقبض هو أن تسقط المطالبة بالنصف ، وقد

---

(١) فرع صاحب البحر على ذلك الأصل فروعا كثيرة (منها) إذا وهب الغاصب الشىء المغصوب لصاحبه وقبضه ، فليس له أن يطالب بالمغصوب (ومنها) إذا باع بيعاً فاسداً وقبض المشترى المبيع ، ثم وهبه للبائع لا يضمن قيمته ، لحصول المقصود ، بخلاف ما لو وصل إليه المبيع من جهة غير جهة المشترى ، حيث لا يبرأ من الضمان ؛ لأنه لم يصل إليه من الجهة المستحق عليها (ومنها) مريض وهب عيناً هى كل ما يملك ، ثم وهبها الموهوب له للمريض لا يضمن الموهوب له شيئاً إذا مات المريض فى مرضه فلا يضمن ثلثى قيمتها أو أقل من ذلك (ومنها) أن المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين ، ثم هلك الرهن لا يضمن ... وهكذا .

(٢) ذكر صاحب البدائع لزفر وجهاً آخر غير ذلك الأصل . فقال « وجه قول زفر أنها بالهبة تصرفت فى المهر بالإسقاط ، وإسقاط الدين استهلاكه ، والاستهلاك يتضمن القبض؛ فكأنها قبضت ثم وهبت » .

سقطت تلك المطالبة بالإبراء أو الهبة ، وبذلك قد وصل إليه عين حقه ، فلا يبالى باختلاف السبب .

وقد اعتبر صاحب الهداية قول زفر قياسا ، واعتبر قول أئمة المذاهب الثلاثة استحساناً ، وقد طبق زفر الأصل الأول فى كل فروع هبة المهر ، وسقوط نصفه .

(الصورة الثانية) إذا قبضت نصف المهر ، ثم وهبت للزوج جميع المهر المقبوض وغير المقبوض أو أبرأته من غير المقبوض ، ووهبت المقبوض ، والمهر دين كالأول ، ثم طلقها قبل الدخول ، فمقتضى مذهب زفر أنه يرجع كالأول ، ثم طلقها قبل الدخول ، فمقتضى مذهب زفر أنه يرجع بالنصف أخذاً بالأصل الأول الذى ذكرناه آنفاً (١) .

أما أئمة المذهب فقد اختلفوا فيما بينهم ، فقد قال أبو حنيفة لا يرجع عليها بشىء كالصور السابقة وقال الصاحبان يرجع عليها بنصف ما قبضت .

والخلاف بين الإمام والصاحبين فى هذه القضية يرجع إلى أصل مختلف فيه وهو أن الإبراء فى المهر يلتحق بأصل التسمية عند الصاحبين ، فإذا كان المهر مائة جنيه وقبضت خمسين ، وأبرأته من الخمسين أو وهبتها له مع ما قبضت ، فمؤدى ذلك أن يصير المهر هو الخمسين فقط التى قبضتها ، فإذا كان الطلاق قبل الدخول ، وجب أن ينتصف (٢) . أما أبو حنيفة فإنه لا يلحق الإبراء من المهر بأصل التسمية ، فإذا كان المهر مائة جنيه قبضت خمسين ، ثم أبرأته من الأخرى أو وهبتها له مع ما قبضته ، فإن المهر يستمر مائة وقد وصل إليه بعضه بالهبة وبعضه بالإبراء . فقد وصل إليه عين حقه فى ضمن ما وصل إليه .

---

(١) ذلك ما ذكره كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير .

(٢) وكان التنصيف ، لأن ما وصل إليه بهبة المقبوض ليس عين حقه إذ أن ما وهب له هو مثله لا عينه .

ووجهة الصاحبين فى إلحاق الإبراء بأصل التسمية أن المهر فى النكاح كالثمن فى البيع . ونقص الثمن بعد العقد يلتحق بأصل العقد فيكون الباقى هو الثمن، فكذلك المهر - الإبراء من بعضه يجعل الباقى هو الثمن .

ووجهة أبى حنيفة أن البيع يبنى على المرابحة ، وقد تقع فيه المغابنة فيكون له حاجة إلى دفع الغبن بالحط من الثمن أو الزيادة عليه . فكان من الواجب أن يلتحق الحط والزيادة بأصل العقد ، ولا شىء من ذلك فى المهر ؛ لأنه مبنى على المسامحة فيعتبر الحط تبرعا منها ، والزيادة كذلك ، وأيضاً لو كان الحط ملتحقاً بأصل العقد لوجب ألا يصلح الإبراء إذا بقى من المهر أقل من عشرة دراهم ، لأن التسمية لا تجوز بأقل من عشرة دراهم ، وقد اتفق الجميع على جواز الحط من المهر ، ولو كان الباقى دون العشرة ، بل لو لم يبق شىء منه قط .

وإذا وهبت النصف وقبضت النصف فأبو حنيفة قال لا شىء يرجع به ، لأنه قد وصل إليه عين حقه وهو براءة ذمته ، وقال الصاحبان له أن يرجع بنصف المقبوض ، لأنه الباقى من المهر .

وإذا كان المهر مائة قبضت منه ثمانين ، ثم وهبت الباقى فله أن يرجع عند أبى حنيفة بما يكمل النصف ، فيرجع بثلاثين ليصل إليه كل حقه ، إذ وصل إليه بعضه بالبراءة من عشرين ، وبقى أن يصل إليه الباقى فيرجع به ، وقال الصاحبان له أن يرجع بنصف المقبوض ، لأنه المهر الذى يتنصف، إذ أن ما لحقه الإبراء حط من أصل المهر .

وواضح أن هذا كله فى المهر المثلى المعرف بالوصف ، الذى يثبت فى الذمة .

(الصورة الثالثة) إذا تزوجها على مهر معين فقبضته ، أو لم تقبضه ووهبته له ، ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشىء عند أبى حنيفة والصاحبين

جرياً على الأصل الذى أخذوا به . وهو أنه قد وصل إليه عين حقه . إذ حقه متعين فى شىء بعينه ، إذ يستحق نصف المعين بالطلاق قبل الدخول ، وقد وصل إليه النصف بالهبة فوصل إليه عين حقه من نظر إلى سبب الوصول ، وكذلك الحكم إذا وهبت له نصفه .

وقد اختلف الرواة عن زفر ، فقيل إن رأيه كرأى أئمة المذاهب الثلاثة (١) ورجح الزيلعى فى التبيين أن رأيه أن يرجع عليها بقيمة النصف ؛ لأن اختلاف السبب يؤدى إلى اختلاف الحق على الأصل الذى بيناه .

هذا وقد اتفق الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة على أنه إذا كان المهر مثلياً معرفاً بالوصف وقبضته كله ، ثم وهبته كله ، أو نصفه أو أقل من ذلك فله أن يرجع عليها بالنصف كاملا ؛ لأنه لم يصل إليه بالهبة عين حقه ، فلم يتحقق الأصل الذى بنى عليه أبو حنيفة والصاحبان سقوط حقه فى المطالبة بالنصف ، وزفر سار على أصله .

٢١٣ — المتعة : قلنا إنه يسقط نصف المهر إن كان هناك مهر مسمى وقت العقد ، لصريح الآية الكريمة ، ولكن لم نبين الحكم إذا لم يكن وقت

(١) المذكور فى البدائع وفى الغاية أن رأيه كرأى الأئمة الثلاثة ويكون قد طبق الأصل الذى يقول إن الحقوق تختلف باختلاف أسبابها على المهر المثلى الموصوف الثابت فى الذمة الذى لم يقبض ، بل لقد ذكر الكاسانى عنه فى البدائع أن الدراهم والدنانير إذا عينت بالتعيين تكون كالمهر المعين فلا يرجع بشىء فقال : « وقال زفر فى الدراهم والدنانير إذا كانت معينة وقبضها ثم وهبها ثم طلقها قبل الدخول أنه لا رجوع للزوج عليها بشىء ، فقال : وقال زفر فى الدراهم والدنانير عنده تتعين بالتعيين فى العقود وتتعين فى الفسخ أيضاً كالعروض ، وهذا النص يدل على أنه يوافق الأئمة فى المهر المعين ويزيد عليهم أن النقود تتعين بالتعيين فى العقود ومثل هذا جاء فى الغاية ، ولكن انتقده كمال الدين بن الهمام ، ولذا جاء فى فتح القدير « وفى الغاية قال زفر فى الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله فى تعينها ، وقد استبعدت صحته لما علم من اشتراط اتحاد الجهة إلا أن تكون روايتان فهو ينتقده لأن شرط عدم الرجوع عنده اتحاد الجهة أى السبب . وهنا لم يتحدد السبب .

العقد تسمية صحيحة ، إذ أنه فى هذه الحال يكون الواجب هو مهر المثل إن حصل دخول حقيقى أو حكمى ، وإذا لم يحصل دخول وجبت المتعة ، فهى قائمة مقام نصف المهر ، وذلك لقوله تعالى : «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين» .

فالمتعة فى هذه الحال التى لا يجب فيها النصف تكون واجبة بنص الآية وذلك رأى جمهور الفقهاء ، وخالف مالك ، فقال إنها تكون مستحبة ، ولكن الآية واضحة فى الوجوب ، وخصوصاً أنها مقابلة لنصف المهر المصرح به بعد هذه الآية فى قوله تعالى «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» .

والمتعة بدل عن نصف المهر ، ونصف المهر واجب الأداء فى هذه الحال ؛ لأن ما يكون بدلا للواجب يكون واجباً .

والمتعة الواجبة عند الحنفية كسوة كاملة للمرأة . ولقيمتها حد أعلى ، وحد أدنى ، وحدها الأعلى اللازم الأداء ألا تزيد على نصف مهر المثل . وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم ، لأنها قائمة مقام نصف المهر ، ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل . فيجب ألا تزيد المتعة على نصفه . وإن زاد المطلق من تلقاء نفسه كان متبرعاً . ويكون آخذاً بقوله تعالى : «ولا تنسوا الفضل بينكم» ، والمهر لا يجوز أن يكون أقل من عشرة دراهم . فنصفه يجب ألا يقل عن خمسة ؛ فيجب ألا تقل المتعة القائمة مقام النصف عن خمسة .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى تقدير المتعة أتقدر حسب حال الزوج ، أم تقدر حسب حال الزوجة ؟ قال أبو يوسف تقدر حسب حال الزوج ، لقوله تعالى : «على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» فصريح الآية يجعل تقدير الكسوة على حسب حال الزوج ، ولأنه هو الذى سيكلف هذه الكسوة . ولا

يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ، فإذا كان معسراً ، وكانت موسرة ، وكلف أن يكسوها بما يليق بمثلها ، فقد كلف ما لا يطيق ، وذلك ما ينزه عنه الشارع الحكيم .

وقال بعضهم إن المعتبر حالها ؛ لأن الله سبحانه وتعالى قال فى التعقيب على الآية الكريمة : « متاعا بالمعروف » وليس من المعروف أن تعطى الغنية ذات الثراء العظيم كسوة خشنة لا تليق بمثلها ، ولأن المتعة قائمة مقام نصف مهر المثل ، ومهر المثل يقدر بمهر مثلها من أسرتها ، فيعرف من جانبها ، فتكون المتعة مثله تقدر بحالها ، وهؤلاء مع قولهم إن الواجب ملاحظة حالها يقولون إن المستحب ملاحظة حاله .

وقال بعضهم إن المعتبر حالهما معاً ؛ لأن الله تعالى فى الآية الكريمة قد اعتبر أمرين : (أحدهما) حال الرجل فى يساره وإعساره . فقال تعالى . « على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره » (وثانيهما) أن يكون مع ذلك بالمعروف ، فقال تعالى : « متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين » فبملاحظة هذين الأمرين تجب ملاحظة حالهما .

٢١٤ — والمتعة (١) عند الشافعى واجبة لكل مطلقة ، ولو كان لها مهر بعد الدخول أو قبله لقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف ، حقاً على المتقين » ولأن الله سبحانه وتعالى أوجب أن يكون التسريح بإحسان عند الطلاق ، والمتعة من التسريح بإحسان .

---

(١) المتعة عند الشافعى فى تقديرها قولان :
(أحدهما) أنها شىء نفيس يعطيه الزوج تكريماً لها ، ويكون حسب المعروف اللائق به
(الثانى) أن المتعة ثلاثون درهما . وقال أحمد بن حنبل المتعة تقدر بحسب حال الرجل من يسار وإعسار وأعلاها رقبة وأوسطها كسوة وهى درع أى قميص ، وخمار ، وملحفة ، وهو المروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فقد قال : (أرفع المتعة الخادم ، وأوسطها المتعة الكسوة ، وأدناها النفقة) .

أما الحنفية فالمتعة عندهم لها ثلاث أحوال عند الطلاق . كما ذكر الزيلعي :

(أولاها) أن تكون واجبة وذلك عند الطلاق قبل الدخول إذا لم يسم لها مهراً وهي ما ذكرناه أولا .

(وثانيتها) أن تكون مستحبة ، وذلك إذا طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهراً . وقد وجب مهر المثل لأن ذلك من التسريح بإحسان .

(والثالثة) سنة مؤكدة وهي التي طلقها بعد الدخول ، وقد سمى لها مهراً لأن ذلك من التسريح بإحسان كما قلنا ، وترى أنه قد كان فرق بين الحال السابقة وهذه في كون الطلب هنا سنة مؤكدة ، ووجه ذلك الفرق أن مهر المثل في الأولى قريب في معناه من المتعة ، فكان طلبها مستحباً ، أما الثانية فالتسمية جعلت المهر بعيداً عن معناها ، فكانت سنة .

٢١٥ — والمتعة كما علمت قائمة مقام نصف المسمى وقت العقد ، وكلاهما يكون في الطلاق قبل الدخول ، وقبل الخلوة ، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى والآن نبين نوع الفرقة التي توجب نصف المسمى أو المتعة ، إذا كانت قبل الدخول الحقيقي والحكمي ، وهي :

١ — الطلاق بكل أنواعه ، أي سواء أكان على مال أم لم يكن ، وسواء أكان بإيقاع الزوج أم بإيقاع القاضي ، إذا ثبت لدى القاضي ما يوجب التطليق كالتفريق للعيوب ، أو للضرر ، أو عدم الإنفاق ، لأن طلاق القاضي في هذه الأحوال يتولاه بالنيابة القانونية عن الزوج ؛ إذ هو لرفع الظلم ، وهو يلجأ إليه عند ما يتعين التطليق رافعاً للظلم ، وقد كان الواجب على الزوج أن يطلق في هذه الحال ، فلما لم يفعل قام القاضي مقامه ليرفع ظلمه ، كالمدين المماطل يبيع القاضي ماله لأداء ديونه نيابة عنه ، ولأن البيع تعين طريقاً لرفع الظلم ، فالطلاق في هذه الحال ، وإن كان بطلبها ، وتولى القاضي إيقاعه يوجب المتعة أو نصف المسمى وقت العقد .

ب — كل فرقة اعتبرت طلاقاً كإباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته ، فإنه فى هذه الحال يعتبر إباؤه طلاقا على خلاف فى ذلك ، فإن كان قبل الدخول الحقيقى والحكمى أوجب نصف المسمى وقت العقد ، أو المتعة ، ومن ذلك ردة الزوج عند محمد ، فإنها تكون طلاقا عنده ، وتحتسب من عدد الطلقات ، حتى إنها عنده لو كانت بعد طلقتين كانت الثالثة ، فلا تحل له إذا تاب إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر .

حـ — كل فرقة اعتبرت فسخاً ، ولم تحتسب من عدد الطلقات ، ولكن بمعصية من الزوج ، ولم تكن فى سبيل استعمال حق إعطاء الشارع إياه ، ومن ذلك ردته على مذهب الشيخين أبى حنيفة وأبى يوسف ، فإنها لا تحتسب من الطلقات التى يملكها ، حتى لو تاب وجدد عقد الزواج ملك الحل الأول كاملا .

ومن ذلك أن يفعل بأصول زوجته أو فروعها ، مايوجب حرمتها عليه على التأبيد ، فقد علمت فيما مضى أن الدخول يوجب حرمة المصاهرة ، كالعقد عند الحنفية ، وقد بينا ذلك عند الكلام فى المحرمات .

ففى هذه الأحوال يجب نصف المهر عند التسمية ، كما تجب المتعة عند التسمية وقت العقد .

سقوط المهر

٢١٦ — قلنا إن المهر إذا لم يحصل دخول حقيقى أو حكمى هو عرضة للسقوط كله أو نصفه ، وقد بينا الأحوال التى يسقط فيها النصف ، والآن نبين الأحوال التى يسقط فيها كله .

ويسقط المهر كله إذا حصلت الفرقة قبل الدخول الحقيقى والحكمى فيما يأتى :

(ا) اذا كانت الفرقة من جانب الزوج ، وكانت فسخاً لاستعمال حق شرعى أعطاه الشارع إياه ، وهو الفسخ بخيار البلوغ ، أو خيار الإفاقة ، فإنه فى هذه الحال يسقط المهر غير المؤكد بدخول حقيقى أو خلوة . وذلك لأن هذا الفسخ كنقض للعقد من أصله . فإنه لا تترتب أحكام عليه ، ما لم يحصل دخول كما ذكرنا ، واعتبر ذلك الفسخ كالنقض للعقد من أصله ، لأن سبب الفسخ أمر يتصل بإنشاء العقد ، فإذا حصل الفسخ فقد عاد على أصل العقد بالنقض ، ككل فسخ يتصل بالرضا بالعقد لمن يلزم رضاه به .

وإننا لو أوجبنا نصف المهر بخيار البلوغ أو الإفاقة لم يكن لذلك الخيار فائدة بالنسبة للزوج ، إذ له أن يطلق فى أى حال ، وإنما ثمرة إعطائه حق الفسخ تكون فى ألا يجب عليه شيء من المهر ، إذا لم يكن دخول ، أما بعد الدخول فإن المهر يجب لأجله ، إذ هو يجب فى الدخول فى العقد الفاسد ، فأولى أن يجب فى نكاح صحيح .

(ب) وإذا كانت الفرقة فسخاً من جانب المرأة وكانت بمعصية منها كردتها وإبائها الإسلام ، إن كانت مشركة وأسلم زوجها ، أو أن يكون منها بأحد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمتها عليه فإنه فى هذه الحال لا مهر لها ما لم يؤكد المهر بدخول أو خلوة ، لأن المعصية لاتوجب حقاً ، ولأن الفسخ جاء من جانبها ولم يكن ذلك بسبب منه ، كالطلاق للضرر ونحوه ، وإذا كانت الفرقة من جانبها كذلك فإنه لا مهر .

جـ — إذا كانت الفرقة من جانبها وكانت استعمالا لحق شرعى ، وكان ذلك يعد كنقض للعقد من أصله ، كاختيارها نفسها بالبلوغ أو الإفاقة أو العتق (١) فإنه لا يجب شيء من المهر إذا لم يكن مؤكداً ، لأن هذه الفرقة

---

(١) خيار العتق أن يكون للزوجة حق الفسخ إذا كانت أمة ، فزوجها مولاها ثم أعتقت فالعتق يجعل لها حق الفسخ ، وهو كخيار البلوغ الا أن الفسخ بخيار العتق لايحتاج —

نقض للعقد من أصله فوق أنها جاءت من جانبها بغير سبب من الزوج ، فلا تستحق معها شيئا من المهر غير المؤكد فيسقط كله .

ومن هذا النوع الفسخ بسبب عدم الكفاءة عند من يعتبر العقد مع عدمها غير لازم بالنسبة للولى - إذا طلب الولى ذلك ، والفسخ الذى يطلبه الولى ، إذا كان المهر أقل من مهر المثل لأن هذا الفسخ كالنقض للعقد من أصله ، وفوق ذلك هو من جانب المرأة فلا يجب معه شىء من المهر غير المؤكد .

والضابط العام لكل فرقة يسقط بها المهر غير المؤكد بدخول أو خلوة ، أنها الفرقة التى تكون كالنقض للعقد من أصله من أى جانب كانت ، من جانب الزوج أو جانب الزوجة . والفرقة التى تكون من قبل الزوجة من غير سبب يكون فى الزوج . هذا هو سقوط المهر الذى حكم به الشارع ، وهذه هى الفرق التى تثبته ، وقد يسقط المهر بإسقاطها إذا أبرأته قبل الدخول

قضاء وتعذر بالجهل به ، بخلاف الفسخ بخيار البلوغ فى الأمرين ، وقد ذكر صاحب البدائع السبب فى أن الفسخ بخيار العتق والبلوغ يسقط المهر غير المؤكد ، فقال . الفرقة بالخيارين جميعاً تكون فرقة بغير طلاق بل تكون فسخاً ، حتى لو كان الزوج لم يدخل بها ، فلا مهر لها أما فى خيار العتق فلا شك فيه لأن الفرقة وقعت بسبب وجد منها ، وهو اختيارها نفسها وكذلك فى خيار البلوغ إذ كان من له الخيار هو المرأة ، فاختارت نفسها قبل الدخول بها كما قلنا ، وأما إذا كان من له الخيار هو الغلام فاختار نفسه قبل الدخول بها ، فلا مهر لها أيضاً ؛ وهذا فيه نوع أشكال لأن الفرقة جاءت من قبل الزوج ، فيجب أن تكون فرقة طلاق ، ويتعلق بها نصف المهر ، والانفصال أن الشرع أثبت له الخيار ، فلا بد أن يكون مفيداً ، ولو كان ذلك طلاقا ، ووجب عليه المهر لم يكن لاثبات الخيار معنى ، لأنه يملك الطلاق . فإذا لا فائدة فى الخيار إلا سقوط المهر ، وإن كان قد دخل بها لا يسقط المهر لأن المهر قد تأكد بالدخول ، فلا يحتمل السقوط بالفرقة ، كما لا يحتمل السقوط بالموت ولأن الدخول استيفاء منافع البضع وأنه أمر حقيقى فلا يحتمل الارتفاع من الأصل بالفسخ بخلاف العقد فإنه أمر شرعى فكان محتملا للرفع بالفسخ ولأنه لما استوفى المنافع فقد استوفى المعقود عليه وهو البدل فلا يسقط البدل الآخر » اهـ المراد منه باختصار .

أو وهبته له ، ففى هذه الحال يسقط المهر . ولكن بإسقاطها له . وهو خالص حقها ، لا بحكم الشارع بالسقوط .

ملكية المهر وقبضه وزيادته ونقصانه

٢١٧ — ملكية الزوجة للمهر تثبت بعقد الزواج الصحيح ، كما أشرنا ، سواء أكانت هناك تسمية له عند العقد أم لم تكن ثمة تسمية ؛ لأن العقد سبب وجوب المهر ، فينشأ الوجوب عقبه بلا تراخ بينهما ، وإذا كانت ثمة تسمية كانت الملكية للمسمى ، وإن لم تكن تسمية ثبت حق الزوجة فى مهر المثل .

وإذا كان العقد الصحيح يوجب المهر ، ويجعله حقاً للزوجة من وقت إنشائه فإنه لا حاجة فى ثبوت الملكية إلى القبض . ولكن إذا كان المهر مثلياً معرفا بالوصف ، غير معين بالتعيين ، ولم يقبض ، كان ديناً فى الذمة واجب الأداء فى ميقاته ، وإن كان معينا فإن الملكية تثبت فيه من غير توسط ذمة .

ولكن ملكية المهر غير متقررة ثابتة قبل أن يؤكد بأى مؤكد من مؤكداته كما نوهنا ، بل يقبل السقوط فى نصفه أو كله ، والمهر ما لم يقبض يكون فى ضمان الزوج حتى يسلمه إليها .

٢١٨ — قبض المهر : وإذا كان المهر حق الزوجة خالصاً ، فلها قبضه بمجرد العقد مالم يكن ثمة شرط لتأجيله بعضه ، أو عرف جرى بتقديم بعضه ، وتأجيل الآخر .

والذى يتولى القبض هو الزوجة نفسها أو وكيلها . إذا كانت بالغة عاقلة رشيدة فإن كانت محجوراً عليها حجراً مالياً كأن كانت سفيهة ، أو مجنونة ، بولاية قبض المهر لمن له عليها ولاية مالية ، وإن كان غير وليها العصبى ، فإذا

كانت الزوجة محجوراً عليها لعته ، ووليها العاصب [1] عمها ، ولها وصى من قبل المحكمة غير عمها ، فإن عمها هو الذى يتولى زواجها ولا يقبض المهر بل الذى يقبضه هو الوصى المعين من قبل المحكمة .

وذلك لأن قبض المهر وقد صار مستحقاً لها . إنما هو لمن عهد إليه بالمحافظة على أموالها ، وإدارتها .

أما الرشيدة فقد قلنا إنها تتولى القبض بنفسها . أو بمن تأذنه بالقبض إذناً صريحاً أو إذناً ضمنياً . ويكون قبضه بالنيابة عنها ، ومن الإذن دلالة قبض الأب أو الجد الصحيح مهر البكر فى حضرتها ، إذ لم تنههما عن القبض.

وذلك لأن البكر تستحى من المطالبة بنفسها ، كما تستحى من التكلم بالنكاح فجعل سكوتها عند قبض الأب أو الجد رضا بقبضهما وإذنا لهما بذلك ، لأن الظاهر إذا لم يكن نهى صريح أنها ترضى بذلك القبض ، إذ هما فى الغالب يقبضانه ، ويجهزانها جهازاً يليق بها ، ويضمان إليه فى سبيل ذلك أضعافه ، وليس كذلك غير الأب والجد من الأولياء فلا يعتبر سكوتها إذناً لغيرهما ، وإذا نهت أباها أو جدها عن القبض لا تبرأ ذمة الزوج بالتسليم إلى واحد منهما .

وإذا كانت البالغة الرشيدة ثيباً لا يعتبر السكوت منها عند القبض إذنا ، أياً كان القابض لأن السكوت منها لا يعتبر رضا بالعقد ، فأولى ألا يعتبر رضا بالقبض ، فلا تبرأ ذمة زوجها إلا بتسليمها أو تسليم من توكله توكيلا لا مجال للريب فيه .

(١) الولاية على المال عند الحنفية لا تكون للولى العاصب دائماً ، بل الولاية على المال للأب ثم وصيه ، ثم للجد ثم وصيه ، ثم للقاضى (المحاكم الحسبية الآن) فالأب والجد وليان على النفس والمال وغيرهما من العصبات ولى على النفس فقط ولا يكون ولياً على المال إلا بوصاية والولى المالى يدبر المال ويحفظه ، والولى العاصب يزوج لأن الزواج يعود عليه بالفخار أو العار .

ويلاحظ أن الوكيل بالزواج ليس وكيلا بقبض المهر ؛ لأن الوكيل بالزواج سفير ومعبر ، فليس عليه أن ينفذ أى حكم من أحكام العقد ، والمهر حكم من أحكامه ولأن الولى العاصب مع ما له من ولاية ليس له أن يقبض ، فغيره ليس له ذلك بالأولى .

٢١٩ — وقد قلنا إن المهر لا يلزم قبضه وقت العقد ، وإن كان الحق يثبت فيه وقته ، بل قد يكون مؤجلا بشرط أو عرف ، وفى هذه الحال لا يلزم الزوج إلا بتسليم ما اشترط تأجيله بالشرط ، أو ما عرف تعجيله بالعرف ، فإن قدم ذلك وجبت الطاعة من جانبها ، فإن لم يقدم ما يجب تعجيله ليس له عليها حق الطاعة فإن امتنعت عن الانتقال إلى بيته ، فقد امتنعت بحق شرعى ، ويستمر ذلك لها إلى أن تسقط حقها فى التقديم ، فإن سقط ذلك الحق بإسقاطها ، فليس لها أن تمتنع من بعد .

ولكن إن لم يقدم لها معجل الصداق ، ثم دخل بها برضاها أو اختلى بها كذلك فهل لها أن تمتنع بعد ذلك ؟ قال الصاحبان ليس لها ذلك ؛ لأنها برضاها بالدخول أو الخلوة الصحيحة قامت بتنفيذ أحكام العقد من جانبها من كل الوجوه راضية ، فكان ذلك أمارة إسقاطها حقها فى طلب معجل المهر قبل الدخول ، فيسقط حقها فى الامتناع حتى يقدمه ، والساقط لا يعود .

وحجة أبى حنيفة أن أحكام الزواج من جانبها لا تستوفى دفعة واحدة ، بل هى مستمرة الاستيفاء ما دام العقد قائماً ثابت الأحكام فرضاها بعشرته من غير تقديم ما يجب تقديمه من المهر إسقاط لحقها فى منع نفسها فى الماضى ، ولكن لا يعد إسقاطاً لحقها فى المستقبل ، كمن ترضى بالعشرة من غير إنفاق زمناً لا يعد ذلك إسقاطاً لحقها فى النفقة القابلة ، وأيضاً فإن رضاها بالعشرة من غير تقديم المهر قد يكون لرجاء أن يعجل بالدفع ، فإذا ضاع رجاؤها يكون لها الحق فى منع نفسها .

٢٢٠ - وهناك مسألة هى موضع خلاف فى الفقه الحنفى ، وهى إذا اشترط فى العقد تأجيل المهر كله إلى وقت معلوم أتجب عليها الطاعة ؟ قال أبو حنيفة ومحمد تجب عليها الطاعة ؛ لأنها بقبولها شرط التأجيل فى المهر كله قد رضيت بإسقاط حقها فى تعجيل المهر . أو تعجيل بعضه المعروف تعريفه عرفا . وليس ثمة دليل على أن الزوج قد رضى بإسقاط حقه فى طلب الطاعة ، وتنفيذ حقوقه التى له بمقتضى العقد .

وقال أبو يوسف لها أن تمنع نفسها ، حتى يحين وقت تسليم المهر طال الأمد أو قصر . وحجته أن حق المرأة فى المهر يتقدم على تنفيذ ما للزوج قبلها من حقوق فلما اشترط تأجيل المهر كله إلى أجل معلوم ، فقد رضى ضمنا بتأجيل حقه فى طاعتها إلى ذلك الوقت ، وهى ما قبلت تأجيل المهر كله ، إلا على ذلك الأساس . والحقوق فى الزواج متقابلة ، فحق الطاعة يقابله المهر والنفقة ، فإن اشترط أن لا مهر لها إلى وقت معلوم أو أن لا نفقة لها ، فلا طاعة عليها إن لم تمكن نفقة ومهر ، وليس الأمر كذلك إذا عجل بعضه ؛ لأن قبولها المعجل إسقاط لبعض حقها ، وفيه دليل على أنه لم يرض بتأجيل الطاعة إلى وقت الأداء ، للمهر كله وإلا ما كان ثمة فائدة فى التعجيل . والعرف جار بتقديم بعض المهر ، وتأجيل بعضه .

وإذا حل الأجل ، ولم يسلمها المعجل من المهر المعروف بالعرف فالخلاف بين أئمة المذهب قائم ، وظاهر أن ذلك الخلاف إذا أجل المهر إلى أجل معلوم ، ولم يؤجل إلى أبعد الأجلين الطلاق أو الوفاة ، فإنه فى هذه الحال لا حق لها فى الامتناع لأن التأجيل فى هذه الحال لا يتضمن تأجيل الطاعة اتفاقاً . وإلا كان مناقضاً لمقتضى العقد فلا يصح ، ولا سبيل لجعله متلائماً مع العقد إلا بفرض تعجيل الطاعة ، وتأجيل المهر .

٢٢١ — ولقد قررنا أن الملكية تثبت فى المهر المعين فى عينه بمجرد

العقد ، أما غير المعين فيكون ديناً فى الذمة إلى أن يقبض ، وإذا كانت الملكية تثبت فى عين المعين بمجرد العقد ولو لم يتم قبض ، وقد يسقط المهر أو بعضه ويزيد مع ذلك المهر أو ينقص ، فقد اختص المهر المعين ببعض الأحكام بسبب زيادته أو نقصانه .

وخلاصة هذه الأحكام أنه إذا زاد المهر فى يد الزوج ثم تأكيد استحقاقها له بالدخول أو الخلوة أو الموت فإن الزيادة تثبت حقا للزوجة ، ما فى ذلك من شك ، وذلك لأن هذه الزيادة نماء ملكها أو ثمرته ، فيتبع الملك ، اللهم إلا إذا كانت الزيادة ليست نماء ولا ثمرة ولا غلة كزيادة بناء أو شجر فإنها تكون لمنشئها ، ويكون حكمها حكم ما يبنى أو يغرس أو يزاد زيادة متصلة فى غير ملك صاحبه والنقص يحسب عليه ، لأنه يكون فى ضمانه إلى أن يسلمه ما دامت ملكيته كله قد تأكدت .

ضمان المهر

٢٣٢ — متى وجب المهر المثلى المعرف بالوصف كان ديناً يصبح أخذ كفيل به ، ومن المقرر أن الكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل لأنها التزام بما ليس بلازم عليه ، ولا مقابل له ابتداء ، وإن كان الكفيل قد يرجع على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره عند الحنفية ، وله الرجوع مطلقاً عند المالكية ، فإن ثبوت حق الرجوع لا يمنع أن الكفالة تبرع لوجهين :

(أحدهما) أن الكفالة تقضى أن يطالب الكفيل بما لم يكن مطالباً به من قبل ، وإلزام النفس بما ليس بلازم تبرع .

(وثانيهما) أنه إذا أدى الدين المكفول عنه ، وثبت له حق الرجوع عليه فقد يذهب دينه بالتوى ، إن أفلس الأصيل ولم يمكنه الأداء .

وإذا كانت الكفالة فى ابتدائها تبرعا ، فهى تبرع للمكفول له ، وهو

الدائن وهى الزوجة فى كفالة المهر ، وللمكفول عنه وهو المدين ، وهو هنا الزوج ، ووجه كونها تبرعا للمكفول له ، هو أن الأداء كان له ، فالغنم قد آل إليه ، ووجه كونها تبرعا للمكفول عنه ، أنه سدد ديناً كان واجباً عليه دون سواه .

فالكفالة بالمهر إذن تبرع للزوجة ، وهى المكفول له ،وتبرع للزوج ، وعلى ذلك إذا كان الكفيل صحيحاً ، وقت الكفالة ، فهى صحيحة لازمة أياً كان مقدارها ، وأياً كان ، والمكفول له ، والمكفول عنه .

وإن كان الكفيل وقت الكفالة مريضاً مرض الموت ، فتبرعه يعتبر وصية على ما هو مقرر فى الفقه الإسلامى ، وعلى ذلك يكون مقيداً بالثلث فى تركته . فإن كان المهر أقل من الثلث ، فالضمان سائر على مقتضى ما اتفقا عليه ، وإن كان أكثر من الثلث ، فالضمان لا يكون إلا فيما يساوى الثلث فقط ، لأن الوصية لا تنفذ فى أكثر من الثلث ، إلا بأجازة الورثة . ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الزوج والزوجة من ورثته ، أو لم يكونا ؛ لأن القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ المنظم لأحكام الوصية لم يمنع الوصية لوارث ، كالوصية لأجنبى ، كلاهما لا ينفذ إلا فى الثلث ، فإذا كان التبرع فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، فهو بمقتضى القانون المصرى لايفرق بين التبرع فى مرض الموت للوارث وغيره .

والعمل قبل هذا القانون كان يسير على أساس المذهب الحنفى ، وهو كجمهور فقهاء المسلمين لا يجيز الوصية لوارث إلا بأجازة الورثة ؛ ولذلك كان يفرق بين ما إذا كانت الزوجة أو الزوج من ورثة الكفيل المريض مرض الموت أو لم يكن كلاهما من ورثته .

فإذا كان أحدهما من ورثته ؛ كأن يكون أبا الزوج أو أبا الزوجة ، فالكفالة لاتنفذ أيا كان مقدارها إلا باجازة الورثة ؛ لأن التبرع فى المرض

يأخذ حكم الوصية ، والوصية لوارث لاتنفذ إلا بإجازة الورثة كما علمت .

أما إذا كان كلا الزوجين ليس من ورثته ، فإنها تنفذ من غير حاجة إلى إجازة الورثة إذا كان المهر المكفول به لايتجاوز ثلث التركة ، فإن تجاوزها ، فإن الكفالة فى الزائدة لاتنفذ إلا بإجازة الورثة .

٢٢٣ — وإذا ثبتت الكفالة ، وكانت نافذة معتبرة كان للزوجة أن تطالب الأصيل أو تطالب الكفيل . فلها أن تطالب الزوج أو تطالب أباه إذا كان هو الكفيل مثلا .

وإذا أدى الكفيل عن الزوج كان له أن يرجع على الزوج إذا كانت الكفالة بأمره .

وإذا كان الكفيل هو الأب ، وقد كفل ابنه الذى هو فى ولايته ، وأدى عنه فله الرجوع فى مال ابنه ، إذا أشهد (١) عند الأداء أنه أدى ليرجع ؛ وإن لم يشهد فليس له الرجوع (٢) لأن الإشهاد يقوم مقام الأمر ، وفيه إعلان الرغبة الصريحة فى أنه أدى ليرجع فى مال الصغير .

---

(١) لا يشترط الإشهاد إذا كان الأب مديناً للابن ، لأن ذلك يعتبر أداء من مال الصغير لا من ماله ، وإذا مات الأب قبل الأداء أخذ المهر من تركته ، وللورثة الرجوع فى نصيب الابن المكفول مطلقا ، إن كان إشهاد أو لم يكن ، وقال زفر ، وهو رواية عن أبى يوسف ليس للورثة الرجوع إلا إن كان إشهاد ، لأن الكفالة ذاتها لا تقتضى الرجوع .

هذا إذا كانت الكفالة فى الصحة ، أما إذا كانت فى مرض الموت ، فلا تنفذ إلا بأجازتهم وقد قالوا إنه إذا كانت الكفالة فى الصحة والأداء فى المرض يرجعون مطلقاً لتعلق حقهم ، وينبغى أن يكون فيه الخلاف بين زفر ، وأئمة المذاهب .

(٢) ولقد ذكر ابن عابدين أن القياس كان يوجب جواز الرجوع أشهد أو لم يشهد ، وذلك لأن إقدامه على الكفالة بمنزلة أمر ابنه الذى هو فى ولايته ، فكأنه أمر نفسه بالأداء وله ذلك ، ولهذا لو أمر أجنبياً بأن يكفل ولده الذى هو فى ولايته كانت كفالة الأجنبى بالأمر ، فيرجع على الأب فى مال الصغير ، ولكن الاستحسان اقتضى التفصيل المذكور ، لأن الآباء قد يؤدون المهر عن أبنائهم من غير أن يكون لهم طمع فى الرجوع ، وذلك أمر ثابت فى العرف .

والأم كالأب فى هذا الحكم ، لأن العرف يقيد ضمانها بما يقيد به ضمانه .

والإشهاد المعتبر هو الذى يكون عند الكفالة ، أو عند الأداء ، لأنه عند الكفالة يكون كالأمر بها ، والإشهاد عند الأداء يكون تفسيراً لما أراده بالكفالة ، وهو أن تكون كالأمر بها .

٢٢٤ — وإذا كان الابن قاصراً وفقيراً ، وقد زوجه أبوه بماله من ولاية عليه ، فهل يطالب الأب بمقتضى تلك الولاية بالمهر ، ويعد إقدامه على التزويج ضماناً للمهر ، إذ الابن فقير لا مال له ، وعهدة العقد المالية تكون على من تولاه ؟

قال فقهاء الحنفية ليس المهر بواجب على الأب لا بالأصالة ، ولا بالكفالة . أما عدم وجوده بالأصالة فلأن المهر حكم من أحكام الزواج يثبت على الزوج لزوجته ، وليس الأب هو الزوج حتى يجب عليه ، وأما عدم وجوبه بالكفالة فلعدم وجود ما يدل على أنه كفل المهر أو ضمن أداءه (١)

٢٢٥ — ومذهب مالك والشافعى وأحمد فى رواية عنه أن الأب إذا عقد زواج ابنه الفقير يكون هو المطالب بالمهر ، ولو كان الابن كبيراً تولى هو بالوكالة عنه ، ولذلك وجه معقول ، إذ أن الزوجة وأولياءها ما ارتضوا ذلك الفقير زوجاً إلا لأجل أبيه ، وتوليه العقد بنفسه يقتضى عرفاً أن يكون مسئولا عن بعض تكليفاته المالية ، وتخليه عن أداء المهر

---

(١) جاء فى بعض الكتب الحنفية ما يفيد أن الأب يطالب فى هذه الحال بالمهر ، ولذلك جاء فى ابن عابدين ما نصه .

« . فى شرح الطحاوى والتتمة أن لها مطالبة أبى الصغير ضمن أو لم يضمن . قال فى الفتح والمذكور أن هذا قول مالك ونحن نخالفه . . وهذا هو المعول عليه . . وفى مواهب الرحمن لو زوج طفله الفقير لا يلزمه المهر عندنا » وملخص الموضوع أن المذهب الحنفى لا يجعل الأب ضامناً ، ولكن سرى رأى مالك الى بعض كتب الفقه الحنفى فظن أن فيه رأياً يضمنه ، وليس كذلك .

لايخلو من تغرير . فيكون ملزماً به ، ولأن العرف جرى بأن الآباء يدفعون مهور أولادهم ، وأن الولد يعتبر قادراً على المهر بقدرة أبيه ويساره .

وإذا أدى الأب المهر بمقتضى توليه عقد ابنه الفقير ، فإنه ليس له الرجوع عليه إذا أيسر ، لأن ذلك يكون بمنزلة ماينفقه عليه .

ولو مات الأب قبل أن يؤدى المهر الذى وجب عليه بمقتضى توليه العقد ، فإنه يؤخذ من تركته ، ولا يؤخذ من نصيب الولد ؛ وذلك يفيد أن الالتزام نشأ بمقتضى مباشرة العقد بالأصالة أو مايشبهها . لا بالنيابة المجردة عن الابن .

هذا رأى الأئمة الثلاثة فى ضمان الأب لمهر ابنه الفقير إذا تولى إنشاء العقد ولو كان الابن كبيراً ، وهو يخالف مذهب أبى حنيفة المعمول به فى مصر وأكثر البلاد العربية .

وإنى أرى أنه لو عمل بمذهب الأئمة الثلاثة لكان أعدل ، لأن عرف الناس جرى على أن الأب إذا تولى عقد ابنه الفقير. وهو غنى يكون مسئولا عن المهر ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

٢٢٦ — وإذا تعذر على الزوجة استيفاؤها معجل الصداق لعسره ، فهل لها أن تفسخ الزواج لذلك ؟ مذهب الحنفية أن العقد لايفسخ لذلك السبب ، مادام العقد قد تم مع الكفاءة ، ولم تنقص التسمية عن مهر المثل فيعترض الولى .

وقال مالك والشافعى : لها أن تطلب الفسخ إذا لم يحصل دخول لعجزه عن القيام بما عليه من حق ، ولكنه بالدخول قد تقرر العقد ، وهى برضاها بالدخول مع عدم المهر قد أسقطت حقها فى طلب الفسخ .

وقد أجاز أحمد طلب الفسخ ، ولو حصل دخول ، لأن الحق قد أوجبه الاعسار عن أداء الصداق ، ولم يوجد مايزيل ذلك السبب ، فيستمر الحق

مع الدخول ، ولأن قبولها الدخول عساه يكون لرجائها ميسرته ، فلما يئست طالبت بالفسخ .

قضايا المهر

٢٢٧ — هذا باب من الأبواب التى تشعبت صورها وأحكامها . وقبل أن نتصدى لبيانها نذكر قاعدتين عليهما تدور الأحكام .

(القاعدة الأولى) أن الدعوة المستنكرة عرفاً لاتسمع ، لأن من شروط سماع الدعاوى ألا تكون الدعوى مستحيلة ، أو ينكرها العقل أو العرف .

(القاعدة الثانية) أن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، فكل من اعتبر مدعياً فعليه البينة ، ومن اعتبر منكراً فعليه اليمين ، إن لم يكن للآخر بينة ، وتعرف المدعى والمنكر يرجع إلى الظاهر فى القضية ، فمن كان الظاهر يشهد له فهو المنكر ، ومن كان الظاهر لايشهد له ، فهو المدعى ، فإذا ادعى اثنان ملكية عين ، وأحدهما ذو يد اعتبر ذو اليد منكرا ، والخارج هو المدعى ، لأن اليد دليل ظاهر على الملكية ، فالظاهر يشهد له ، وبذلك ننتهى إلى أن البينة تكون على من لايشهد الظاهر له ، واليمين على من يشهد له الظاهر ، وهذه نتيجة مقررة ثابتة .

وبعد ذلك نذكر الأحكام فى قضايا المهر ، فنقول : الاختلاف فى المهر ، إما اختلاف فى قبضه ، أو اختلاف فى أصل التسمية أو اختلاف فى مقدار المسمى أو اختلاف فى نوع المقبوض . ونبين كل واحد منهما بالإجمال :

٢٢٨ — الاختلاف فى القبض : إذا كان الاختلاف فى القبض بأن يدعى هو أنه سلمها قدراً من المهر ، وتنكر أنه سلمها شيئا أو يدعى أنه سلمها مقداراً وتدعى أنه سلمها أقل منه ، والحكم فى هاتين الصورتين يختلف بالدخول وعدم الدخول .

فإن كان الاختلاف بينهما قبل الدخول ، فعليه أن يقيم البينة على مايدعيه، كأن يدعى أنه سلمها مائة ، وهى تدعى أنه سلمها خمسين فعليه أن يقيم البينة على أنه سلمها الزيادة ، وكذلك عليه أن يقيم البينة على أنه سلمها مايدعى ، إن كانت تنكر أنه سلمها شيئاً ، وفى هاتين الصورتين نرى الظاهر يشهد لها ، فلا تطالب بالبينة ، وكان الظاهر يشهد لها ، لأن العقد أثبت المهر فى ذمته ، فكان الأصل بقاءه ، حتى يقوم الدليل على خلافه .

وإن كان الاختلاف بينهما بعد الدخول ، فإن كان الاختلاف فى أصل القبض ، بأن كان هو يدعى أنه أوفاها معجل صداقها ، وتنكر أنه سلمها شيئاً ، فدعواها لاتسمع على المفتى به عند ابن عابدين[١]، وذلك لأنه جرت العادة بتقديم بعض المهر ، فدعواها حينئذ تكون مستنكرة عرفاً ، فلا تسمع .

وأما إن كان اختلاف فى مقدار المقبوض بأن كان يدعى قدراً ، وتدعى أنه أقل منه ، فعليه البينة ، وإلا فالقول قولها بيمينها ، وذلك لأنه قد ثبت حقها فى المهر بمقتضى عقد الزواج ، فالظاهر يشهد لها ، وعليه أن يقيم البينة على مقدار ماسدد وهو يدعى زيادة ، فعليه أن يثبتها[٢].

---

(١) هذا رأى الفقيه أبى الليث ، ورجحه ابن عابدين كما ذكرت ، وخالف أبا الليث قاضيخان ، فقد ذكر عنه فى ابن عابدين أنه قرر أن فى هذا الكلام نظراً ، لأن المهر ثابت بمقتضى العقد ، والعرف لايمكن أن يكون حجة لإبطال أمر ثابت لا مجال للشك فى ثبوته ، وفى منع سماع الدعوى لجريان العرف إبطال لذلك الأمر الثابت ، ولأن أقصى ما يدل عليه العرف فى هذا المقام أن يجعل الظاهر يشهد للزوج ، وكون الظاهر يشهد له يصلح لدفع المطالبة عنه مع يمينه ، ان لم تكن بينه ، ولا يصلح لإبطال حقها بعدم سماع الدعوى من كل الوجوه وعدم توجيه اليمين .

(٢) ظاهر ما نقله ابن عابدين عن الفقيه أبى الليث أن الزوج إذا ادعى تقديم المعجل كله ، وادعت تسليم بعضه أنه لاتسمع دعواها إذا كان ماتدعيه أقل مما جرى العرف بتقديمه =

هذا ولا فرق بين أن يكون الاختلاف فى أصل القبض أو فى قدر المقبوض بين الزوجين أنفسهما ، أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما إذا ماتا . فالحكم فى كل الأحوال واحد .

٢٢٩ — الاختلاف فى أصل التسمية : إذا اختلف الزوجان فى أصل التسمية فادعى أحدهما أن العقد قد اقترنت به تسمية صحيحة ، وادعى الآخر أن العقد قد تم خالياً من التسمية ، فالبينة على مدعى التسمية ، فإن أقامها ثبت مدعاه ، لأنه المدعى والآخر هو المنكر ، وإن لم تكن بينة وجهت اليمين إلى الآخر ، وقضى عليه بالمسمى إن نكل عن اليمين ، لأن النكول عن اليمين حجة للمدعى على المدعى عليه ، وإن حلف قضى بمهر المثل ؛ لأن المدعى عجز عن الإثبات ، ولا سبيل للقضاء بما ادعى ، فيتعذر وجوب مهر مسمى ، ولأن اليمين حجة كافية لاعتبار العقد خالياً من التسمية ، وعند خلو العقد من التسمية يكون مهر المثل هو الواجب .

وإن كان الاختلاف فى حال الطلاق قبل الدخول الحقيقى والحكمى ، فالحكم كذلك بالنسبة للإثبات ، أى على مدعى التسمية إقامة البينة ، فإن عجز حلف المنكر لها ، فإن نكل ثبتت الدعوى ؛ وإن حلف لا يثبت المسمى ، وفى حال ثبوت التسمية يجب نصف المسمى ، وفى حال العجز عن ثبوتها تجب المتعة .

وهذا كله إذا كان الاختلاف فى حياة الزوجين ، أو كان بعد موت أحدهما ويلاحظ أنه فى حال الحكم بمهر المثل يشترط ألا يزيد على ما تدعيه . إن كانت هى مدعية التسمية لرضاها بذلك القدر ، ولا ينقص عما يدعيه إن

= لأن ابن عابدين يقول : « قال الفقيه أبو الليث إذا كان الزوج قد بنى بها ، فإنه يمنع منها ما جرت العادة بتعجيله ، ويكون القول قول المرأة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهرها » ونحن على هذا إذ قررنا أن البينة على الزوج فيما يدعيه من أنه دفع المعجل كله ، وقررنا أن القول قولها عند إنكارها قدراً من المعجل لا كله قد سرنا على مقتضى ما قاله قاضيخان .

كان مدعي التسمية هو الزواج . كما أنه إذا حكم بالمتعة لاتزيد على نصف ماتدعيه . إن كانت هى المدعية ولا تنقص عن نصف مايدعيه ، إن كان هو المدعى ، قياساً على مهر المثل .

وإن كان الاختلاف بعد موت الزوجين فقد قال أبو يوسف ومحمد إن الحكم لايختلف عن الاختلاف فى حياتهما أو بعد موت أحدهما . أى يحكم بالمسمى إن ثبت ، وبمهر المثل لاينقص عما تدعيه ورثته ، ولا يزيد على مايدعيه ورثتها إن لم يثبت المسمى .

ويختلف الحكم عند أبى حنيفة فى حال العجز عن الإثبات ، أى أنه يقضى بالمسمى إن أمكن إثباته ، ولا يقضى بشىء إن لم يمكن ، لأن مهر المثل يقدر بمهر أقرانها من عشيرتها ، وموتهما يدل على انقراض أقرانهما ظاهراً ، وتقادم العهد فلا سبيل إلى تقديره ، ولأننا لو أجزنا دعوى الورثه بعد موتهما فى مهر المثل لأجزنا دعوى ورثة الورثة . . . وهكذا يتسلسل الأمر(١).

وحجة الصاحبين أن النكاح مادام ثابتاً ، ولو بالتسامع فقد وجب مهر المثل ، وإذا وجب فهو دين فى الذمة ، لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فما لم يثبت الإبراء ولا الأداء ، فهو باق فى ذمته تحمله تركته ولا يوجد مايسقط ولا ما يمنع سماع الدعوى لمضى المدة ، فإن وجد بشروطه كان ذلك هو المانع ، لامجرد موت الزوجين .

٢٣٠ — ويلاحظ أن الفتوى على قول أبى حنيفة ، وليس فى قوانين

---

(١) يروى أنه جاء على لسان أبى حنيفة فى الاحتجاج لرأيه : « أرأيت لو ادعت ورثة أم كلثوم بنت على رضى الله عنه على ورثة عمر رضى الله عنه أ كنت تسمع ! » .

ونرى من هذا التقرير أن أبا حنيفة يبنى رأيه على التقادم ، واتخذ موتهما قرينة ظاهرة على موت أقرانهما وتقادم العهد على الزواج ، فهل يجب مهر المثل لذا كان موتهما فى شرخ الشباب والعهد بالزواج قريب ؟ يظهر أن الحكم كذلك ، ولذلك جاء فى شرح التبيين . « قيل لذا لم يتقادم العهد يقضى بمهر المثل عنده أيضاً » .

المحاكم الشرعية مايجعل غيره معمولا به دون صراحة ؛ لأن الأخذ برأى أبى يوسف المنصوص عليه فى القانون إنما هو فى حال الاختلاف فى مقدار المهر ، لا فى أصل التسمية كما جاء بالمادة ٢٨٠ من اللائحة القديمة ، لا يمسه ما جاء فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة التاسعة عشرة وهى :

« إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى مالا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً ، فيحكم بمهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما » .

ونرى من هذا النص أنه جعل موضوع القضية الاختلاف فى مقدار المهر ، لا فى أصل التسمية ، وجعل البينة على الزوجة دائماً ، مع أن أبا يوسف الذى صرحت به المذكرة الإيضاحية بأن هـــذا رأيه يجعل البينة عند الاختلاف فى أصل التسمية على مدعى التسمية ، سواء أكان الزوج أم الزوجة ثم كان المعمول به عند الاختلاف فى أصل التسمية هو رأى أبى حنيفة ؛ لأنه الراجح دائماً فى مذهب أبى حنيفة مالم ينص على خلافه ، ولم يكن ذلك النص .

٢٣١ — الاختلاف فى مقدار المسمى : إذا كان الخلاف بين الزوجين فى مقدار المسمى ، واتفقا على أصل التسمية بأن ادعت هى مهراً ، وادعى هو أقل منه ، ففى هذه الحال تكون هى المدعية ، وهو المنكر عند أبى يوسف ؛ لأنها تدعى الزيادة ، وهو ينكرها ، فيكون الظاهر شاهداً له ، فعليها إثبات ماتدعيه فإن عجزت كان القول قوله مع يمينه إذا كان مايدعيه غير مستنكر عرفا ، كأن تكون هى من عشيرة ، مهر مثلها مائة ، فيدعى هو أن المسمى خمسة ، ففى هذه الحال يحكم مهر المثل ، فيحكم به إن كان دون ماتدعيه ؛

ويحكم بما تدعيه إن كان أقل من مهر المثل ؛ لأن الظاهر فى هذه الحال يكون شاهداً لها . ولا يسمع قول الزوج لأنه مستنكر عرفاً .

وهذا إذا كان الاختلاف عند استحقاقها المهر كله ، فإن كان الاختلاف عند استحقاقها النصف كان عليها الإثبات أيضا ، فإن عجزت كان القول قوله مع يمينه إلا إذا كان مايذكره يستنكره العرف .

وقد يكون فى هذه الحال الأخيرة مدعى الزيادة هو الزوج كأن يكون قد سلمها المهر كله أو بعضه . ويدعى فى هذه الحال أن المهر مائتان ليسترد منها قدراً كبيراً . وتدعى هى أن المهر قليل ليكون مايسترده قليلا . فى هذه الحال يكون عبء الإثبات على الزوج لأنه مدعى الزيادة والزوجة منكرة ، فإن أقام البينة ثبت مدعاها ، وإلا كان القول قولها بيمينها إلا إذا ادعت مايستنكر عرفاً ، فيحكم حينئذ بمهر المثل بحيث لايزيد على مايدعيه .

هذا هو مذهب أبى يوسف ، وهو لايختلف باختلاف الحياة ، والوفاة إذا كان التداعى بين ورثة الزوجين أو أحدهما وورثة الآخر وهو المعمول به الآن فى المحاكم الشرعية بمقتضى لائحة سنة ١٩١٠ ، وقد حل محلها فى هذا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة السادسة منه (١) .

---

(١) نصت المادة (٢٨٠) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١ على أنه يؤخذ بمذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر ، وجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص على أنه إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلى آخر المادة التاسعة عشرة وجاء فى المذكرة الإيضاحية التى اقترنت بصدور ذلك القانون أنه رئى أن يوضع مذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر بنصه الفقهى اكتفاء بذلك عن استثنائه ولكن بالموازنة بين المقرر فى الفقه بياناً لمذهب أبى يوسف ونص قانون سنة ١٩٢٩ ، فى ذلك نجد أن المقرر فى الفقه أوسع شمولا ، لأن المقرر فى الفقه أن البينة تكون على مدعى الزيادة ، بينما القانون يقول البينة على الزوجة ، وليست الزوجة هى مدعية الزيادة دائماً ، لأنها إذا كانت قبضت المهر كله أو ثلثيه ثم حدث ما أوجب تنصيفه فقد يكون هو مدعياً للزيادة ، ولذلك نقرر أن عبارة المادة التاسعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قاصرة ، ويفهم المراد كله بنصوص الفقه .

٢٣٢ — هذا مذهب أبي يوسف ومذهب أبي حنيفة ومحمد أنه إذا اختلف الزوجان ، في مقدار التسمية يعتبر كلاهما مدعياً حقيقة ، لا في الظاهر فقط ، كما قرر أبو يوسف ، فأيهما أقام بينة تثبت مدعاه ، فإن أقاما بينتين ، فالبينة الراجحة هي البينة التي لا يشهد لها مهر المثل ، فإن كان مهر المثل يشهد للزوج ، بأن كان أقل مما يدعي أو يساويه ، فبينة الزوجة هي الراجحة ، لأنه يعتبر في هذه الحال منكراً ، لأن المنكر هو الذي يشهد له الظاهر ، إذ بينته لا تأتي بجديد . وإن كان الظاهر يشهد للزوجة ، بأن كان مهر المثل أكثر مما تدعيه أو يساويه ، فبينة الزوج هي الراجحة . والقول قولها بيمينها ، إن لم تكن له بينة .

وإن كان مهر المثل لا يشهد لواحد منهما . بأن كان أقل مما تدعيه وأكثر مما يدعيه كأن تدعي مائة ويدعي هو خمسين ، ومهر المثل ثمانون ، تهاترت البينتان ويعتبر العقد خاليا من التسمية ، ويجب مهر المثل لأن بينة واحد منهما تنفي تسمية الآخر : وإن لم يكن لأحدهما بينة ، فالقول قول من يشهد له الظاهر ، وهو مهر المثل كما بينا ، وإن كان لا يشهد لواحد منهما ، بأن كان أقل مما تدعي ، وأكثر مما يدعي فإنهما في هذه الحال يتحالفان ، ويجب مهر المثل إن حلف كلاهما لعدم تعيين إحدى التسميتين للقضاء والقاضي يبدأ بأيهما شاء ، فإن نكل لزمته دعوى الآخر وحكم بها ، وإن حلف حلف الاخر ، فإن حلف قضى بمهر المثل ، وإن نكل قضى بدعوى الآخر .

هذا تخريج أبي بكر الرازي لمذهب أبي حنيفة ومحمد ، والكرخي يرى أن التحالف يكون إذا لم يكن لواحد منهما بينة مطلقا ، وإذا حلف كلاهما ، وجب مهر المثل بحيث لا يقل عما يدعيه ، ولا يزيد على ما تدعيه .

ولكن الراجح هو التخريج الأول .

هذا إذا كان الاختلاف عند وجوب المهر كله ، وإن كان عند وجوب

النصف . فالحكم ما ذكرناه ، ولكن تحكم المتعة لا مهر المثل .

هذه أحكام اختلافهما فى حال الحياة ، وكذلك إذا مات أحدهما ، أما إذا ماتا والاختلاف بين ورثتهما فقد قال أبو حنيفة لا يجب مهر المثل ، ولا يحكم لأنه لا يمكن معرفته ، بل إذا كان لأحدهما بينة ثبت مدعاه ، وإن كان لكليهما بينة تهاترت البينتان . وأما محمد فقد استمر على مقتضى رأيه كما لو كانا على قيد الحياة .

٢٣٣ — الاختلاف فى وصف المقبوض : إذا أعطى الزوج زوجته شيئاً ثم اختلفا ، فقالت إنه هدية ، وقال إنه مهر فإن أثبت أحدهما ما يدعيه قضى به فإن أقامت هى البينة على أنه صدر عنه وقت العطاء ما يدل على أنه هدية ، أو أقام البينة على أنه وقت التقديم صرح بأن المقصد المهر حكم بمقتضاها ، وإن أقاما بينتين كانت بينتها الراجحة لأنها تثبت المهر فى ذمته ، وهو ينكره ، فكانت مدعية وهو ينكر .

وإذا لم يكن لأحدهما بينة . فإن كان العرف يشهد بأن مثل هذا يكون هدية كالطعام والثياب فالقول قولها بيمينها . وإن كان العرف يشهد بأن مثل هذا يكون مهراً ، كالنقود فالقول قوله بيمينه ، وإن كان العرف مشتركا بأن يسوغ أن يكون مهراً وهدية ، فالقول أيضاً قول الزوج بيمينه ، لأنه المملك ، فهو الأدرى بجهة التمليك . والقول قوله فى الإخبار عن نفسه ، والظاهر أنه يسعى أولا فى إسقاط ما فى ذمته مما هو واجب عليه أولا ، ولأنه يعد منكراً بادعاء إسقاط ما عليه من واجب .

وإذ قضى القاضى بأن ما أخذ كان على سبيل الهدية لم يحتسب من المهر ، وإلا فانه يحتسب .

وإذا حُكم بأنه مهر ، وكانت قد وهبت له شيئاً على اعتبار أن ما قدم هو هدية كان لها استرداد ما وهبته ، إن أثبتت أنها صرحت حين وهبت

أنه عرض هديته ، ويظهر أنه لو كان العرف يجعل هديتها فى نظير هديته يكون كالتصريح ، لأن المعروف كالمشروط ، وما وهبته إلا على جهة التعويض ، وقد تبين أنه لم يهب ، فلها استرداد ما أعطته ، ولقد صرح كمال الدين بن الهمام(١) وغيره أن لها ذلك الاسترداد ، ولو كان الاختلاف والزوجية قائمة أى أن الزوجية فى هذه الحال لا تعتبر مانعاً من موانع الرجوع .

٢٣٤ — ومما يلحق بهذه المسائل مسألتان :

(إحداهما) إذا اختلف الزوج مع زوجته ، أو الخاطب مع مخطوبته فى المدفوع : أهو مهر أم وديعة بأن ادعت هى أنه مهر ، وادعى هو أنه وديعة أو العكس ، ففى هذه الحال يكون القول قول مدعى المهر ، إذا كان المال المختلف فيه من جنس المهر ، ويكون القول قول مدعى الوديعة ، إذا كان المال المختلف فيه ليس من جنس المهر ؛ لأن الظاهر أن المهر كله يكون من جنس واحد ، فكان اتحاد الجنس مع المهر يجعل الظاهر يشهد لمن يدعى الوديعة .

ومن يكون القول قوله لا يقبل إلا بيمينه.

---

(١) هذا نص ما قاله الكمال فى فتح القدير . « لو بعث هو وبعث أبو هاله أيضاً . ثم قال هو من المهر ؛ فللأب أن يرجع فى هبته ؛ إن كان من مال نفسه ، وكان قائماً ؛ وإن كان هالكا . لا يرجع ، وإن كان من مال البنت بإذنها ؛ فليس له الرجوع لأنه هبة منها ؛ وهى لا ترجع فيما وهبت لزوجها ... وفى فتاوى أهل سمرقند بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ؛ ثم زفت إليه ؛ ثم فارقها وقال بعثتها إليك عارية ؛ وأراد أن يستردها ؛ وأرادت هى أن تسترد فالقول قوله فى الحكم ؛ لأنه أنكر التمليك ولذا استرده تسترد هى ما عوضته .. » وخلاصة هذا أن هدية المرأة إذا كانت تعويضاً لهدية الزوج ، ثم ادعى أن ما دفع عارية أو مهر فلها الرجوع فيما دفعت ، والظاهر أن قيام الزوجية لا يمنع من ذلك ، لأن التبرع كان على أساس هديته ، وقد ظهر بطلانه ، لحق لمن تبرع على اعتباره الرجوع .

وظاهر أن أيهما يقيم البينة تسمع . وإن أقاما بينتين ، فالتي تسمع بينته هو من لا يشهد له الظاهر ، وقد تبين سبب ذلك .

(ثانيتهما) مسألة مهر السر ومهر العلن ، بأن يتفق الزوجان على مهر في السر ويعلنا غيره ، وفي هذه المسألة اختلف فقهاء المذهب الحنفي ، واختلفت الروايات عنهم .

وأظهر الروايات أنه إذا تزوج على قليل في السر ، وكثير في العلن — أن رأى أبي حنيفة ومحمد وجوب مهر العلن . لأنه زيادة في المهر بعد وجوبه ، ولأن العبرة بالظاهر ، ولا يلتفت إلى ما سواه . ولأنه إن عرف السر اعتبر العلن زيادة لازمة ؛ لأنها صادرة عن عاقل ، لا دليل يناقضها ما دامت المرأة تطالب بها ، أما عند أبي يوسف فالواجب هو الأول ، لأن الثانية جاءت لغواً ، ولأن هذا مقصد العاقدين ، وروى أن محمداً مع أبي يوسف ، وروى أن رأى أبي حنيفة اعتبار السر ؛ وأن أبا يوسف يعتبر العلن .

وقد استظهر كمال الدين بن الهمام لاعتبار المهر مهر العلن ، ورجح دليله ورواياته (١) .

---

(١) راجع فتح القدير الجزء الثاني ص ٤٤٥ .

متاع البيت

٢٣٥ - قبل أن نبين أحكام الجهاز فى المذهب الحنفى المعمول به نرى من الحق علينا أن نذكر من يجب عليه إعداد البيت من الزوجين.

فى الفقه الإسلامى رأيان متضاربان:

(أحدهما) رأى الحنفية وهو أن إعداد البيت على الزوج، لأن النفقة بكل أنواعها من مطعم وملبس ومسكن عليه، وإعداد البيت من المسكن، فكان مقتضى هذا على الزوج. إذ النفقة بكل أنواعها تجب عليه. والمهر ليس عوض الجهاز؛ لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن. فهو ملك خالص لها من غير أى مقابل وهو حقها على الزوج بمقتضى أحكام الزواج. وليس ثمة من مصادر الشريعة ما يجعل المتاع حقا على المرأة ولا يثبت حق من حقوق الزواج من غير دليل.

(وثانيهما) وهو رأى المالكية أن الجهاز حق على المرأة فى دائرة ما قبضته من مهرها، وما يجرى به العادة بين أمثالها. فإن لم تكن قد قبضت شيئاً من المهر. فليس عليها جهاز، إلا إذا كان العرف يوجب عليها جهازاً، أو كان قد شرط ذلك عليها؛ وذلك لأن العرف جرى فى كل العصور والأمصار على أن المرأة هى التى تعد البيت. ولا سبيل لإلزامها بأكثر مما قبضت، إذ الحقوق متقابلة، إلا أن تكون العادة قد جرت بين أمثالها بالجهاز من قبل أن تقبض المهر، اشترط ذلك. فالشرط طبيعة المتعاقدين، كما هو مقرر.

وخلاصة هذا المذهب كما رأيت أنه يجب الجهاز عليها، وألا يزاد على مقدار المقبوض. إلا إذا كان العرف يوجب الزيادة، أو كان شرط.

٢٣٦ — ورأى الحنفية كما رأيت أن الجهاز ليس بواجب على المرأة وإن قامت به فهى متبرعة ، وذلك هو المعمول به فى مصر .

ولكن إن قدم لها مالا فوق المهر فى نظير إعداد جهاز ، أو إعداد جهاز على شكل خاص ، فهل تكون ملزمة بذلك ؟

لقد قرر ابن عابدين أنه إن كان المال منفصلا عن المهر ، واشترط ذلك ، أو جرى العرف على ذلك ، فإنها فى هذه الحال تكون ملزمة به ، أو رد المال إلا إذا سكت عن المطالبة ، وذلك لأنه إن كان المال مقابلا بالجهاز بالشرط أو العرف فهو هبة بعرض مشروط بالشرط أو بالعرف ، والهبة بعوض مشروط إن لم يتحقق الشرط فله الرجوع فيها ؛ وعلى ذلك له أن يلزمها بتنفيذ الشرط ، فإن لم تنفذ استرد ما أعطى فى ذلك .

وإذا لم يجعل المال منفصلا عن المهر ، بل زيد فى المهر بقصد الزيادة فى الجهاز أو فى نظير الجهاز ، فقد جرى الخلاف فى هذه الحال . فرأى يرى أنه لا يجوز أن يلزمها بجهاز معين . لأن المهر قل أو جل ليس فى نظير جهاز بل خالص حقها إن سمى ، ولو كان كثيراً كثرة فاحشة لقوله تعالى : « وآتيتم إحداهن قنطاراً . فلا تأخذوا منه شيئاً » .

ورأى يرى أن الزيادة ما كانت إلا لأجل الجهاز . فيجب مهر المثل إن لم يكن الجهاز المعين ، أو لم يكن جهاز ، ويكون هذا كحال ما إذا سمى الزوج مهراً وشرط منفعة له ، فإن تخلفت المنفعة وجب مهر المثل لا يزيد على المسمى .

وقد قالوا إن هذا نظير ما إذا زاد على مهر المثل على أساس أنها بكر ، فتبين أنها ثيب فقد جرى هذا الكلام فى ثبوت الزيادة .

٢٣٧ — وإذا جهزت المرأة نفسها ، وذلك هو المعتاد مهما يكن اختلاف الأئمة ، فالجهاز ملكها باتفاق الفقهاء أجمعين سواء اشترته بنفسها أم اشتراه من له النيابة عنها بتوكيل منها ، أو ولاية عليها .

وإذا كان لأبيها نيابة عنها فاشترى جهازها من مهرها أو مالها ، فهو ملك لها بمجرد الشراء ، لأن أحكام العقد الذى يتولاه شخص بالنيابة تكون لصاحب الشأن بمجرد صدور العقد من غير تراخ .

• إذا اشترى الأب الجهاز أو بعضه بماله على أن يكون ملكا لابنته ، فإن ذلك يكون تمليكا لها بطريق الهبة (١) وتجرى فيه أحكام الهبة من حيث التسليم ، ومن حيث تقييدها بالثلث إذا كان مريضا مرض الموت ، وقد قالوا بالنسبة للتسليم إن مجرد شراء الأب من ماله لابنته وتسلمه هو يغنى عن القبض ، إذا كانت فى ولايته المالية ، لأن يده لها صفة النيابة عنها فى قبض الهبات ، بمقتضى ما له عليها من ولاية شرعية ، فبمجرد تبرعه لها تتم الهبة من غير حاجة إلى قبض جديد .

أما الكبيرة فلا يدخل الجهاز فى ملكها إذا اشتراه من ماله ، إلا إذا قبضته لأن وكالته فى الشراء فقط ، أما قبول الهبة والقبض عنها فليست له ولاية فيهما .

وبالنسبة للشراء من ماله لها إن كان مريضاً مرض الموت ، فإنه يكون مقيداً بالثلث لأن التبرع فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية فى مصر . والوصية لا تجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن كان الجهاز يتجاوز ثلث تركته ، فلا ينفذ التبرع فى الزيادة إلا بإجازة الورثة .

والعبرة بوقت الشراء إن كانت البنت فى ولايته ، فإن كان وقت الشراء مريضاً وتسلم بمقتضى الشراء كان التبرع وهو مريض مرض الموت ، وإن كان وقت الشراء صحيحاً فهو تبرع فى الصحة ، ولو مرض من بعد . وإن

---

(١) من الصور التى يعتبر الجهاز فيها تمليكا من الأب ، إذا أعطت الأم ابنتها شيئاً من المتاع الذى يملكه الأب بحضرته وسكت إلى أن زفت ، فإنه يعتبر ملكها لوجود الإذن دلالة ، وكذلك إذا اشترت الأم الجهاز من مال الأب بعلمه وسكت ، فإنه يكون ملكا له .

كانت الهبة كبيرة . وقد اشترى لها وهو صحيح ثم سلمها وهو مريض فالعبرة بوقت التسليم ، لأن التبرع لا يتم إلا بالتسليم ، فإذا سلم وهو مريض يعتبر قد تبرع فى مرض الموت ، فيأخذ حكم الوصية .

هذا هو المعمول فى مصر بمقتضى قانون الوصية القائم ، فقد جعل الوصية لوارث كالوصية لأجنبى ، فيكون التبرع فى مرض الموت لوارث ، كالتبرع فى مرض الموت لأجنبى على سواء .

أما المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل كأكثر مذاهب السنة ، فإنه يجعل الوصية لوارث بالقليل أو الكثير لا تنفذ إلا بإجازة الورثة ، فيكون التبرع فى مرض الموت لوارث لا ينفذ أيضا إلا بإجازة الورثة ، أما الوصية لأجنبى فهى لا تتقيد إلا بالثلث ، والتبرع فى مرض الموت يكون كذلك مقيداً بالثلث .

٢٣١ — الاختلاف فى متاع البيت : الاختلاف فى متاع البيت إما أن يكون بين الأب وابنته أو ورثتهما ، وإما أن يكون بين الزوجين أو ورثتهما .

وقد قالوا فى تصوير الخلاف بين الأب وابنته إنه إذا اشترى الأب الجهاز من ماله . ولم يصرح عند الشراء أو التسليم أنه هبة لها أو عارية ، فإنهما قد يختلفان فى ملكيته من بعد ، فتقول هى أو ورثتها : إنه هبة ، ويقول هو أو ورثته : إنه عارية . والحكم فى هذه الحال أن القول قول من يشهد له الظاهر بيمينه ، فإن كان يشهد للأب أو ورثته فالقول له بيمينه ، وإن كان يشهد للبنت أو ورثتها[1] فالقول لها بيمينها ، وإن كان العرف مشتركاً بأن كان المختلف عليه أشياء العرف يجيز فيها أن تكون عارية ، وأن تكون هبة ، فقد اختلفت

---

(١) نقل صاحب النهر عن قاضيخان أنه قال : « ينبغى أن يقال إن كان الأب من الأشراف لم يقبل قوله ، وإن كان ممن لا يجهز البنات بمثل ذلك قبل قوله » .

فى ذلك الفتوى ، فالسرخسى يرى أن القول قوله ؛ لأن ذلك يتصل بإرادته، والقول قوله فى الإخبار عن نفسه ، وقال آخرون القول قول البنت ، لأن العرف جرى على أن يكون هبة فى الغالب ، ولأنها واضعة اليد ، واليد دليل الملكية ظاهراً ، فكان الظاهر يشهد لها .

هذا ويجب أن يلاحظ أن أيهما يقيم بينة تقبل ، وأنهما إن أقاما بينتين ، فالبينة التى تسمع هى التى لا يشهد لها الظاهر ؛ ثم إن هذا هو الحكم ، سواء أكان الاختلاف بين الأب والبنت أم كان بين ورثتهما أو أحدهما مع ورثة الآخر .

٢٣٩ — وإن كان الاختلاف فى المتاع بين الزوجين(١) بأن تدعى هى أنه ملكها ويدعى هو أنه ملكه ، وكان الاختلاف فى حياتهما ، فما لا يصلح إلا للرجال ، كالكتب ونحوها ، فالقول فيه قول الزوج بيمينه ، وما لا يصلح إلا للنساء ، كأدوات الزينة والخياطة، فالقول فيه قول الزوجة بيمينها لأن الظاهر شاهد لها .

وما يصلح لهما جميعاً كالسجاجيد ، فقد اختلف فيه أئمة المذهب ، فقد قال زفر إنه بينهما نصفان ، إن لم تكن بينة لأحدهما ؛ لأنه مادامت الزوجية قائمة فيدهما معاً ثابتة على كل ما فى البيت ، واليد دليل الملكية ظاهراً ، فتثبت الملكية لهما ، مالم يوجد مرجح لدعوى أحدهما من بينة مثبتة، أو ظاهر آخر.

وقال أبو يوسف مع بعض الفقهاء القول قول المرأة إلى جهاز مثلها، لأن

---

(١) قال الشافعى إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فهو بينهما ، سواء فى ذلك ما يصلح لهما وغيره ، وذلك لأن كليهما واضع اليد على ما فى البيت فهو ملك لهما ، [illegible] على خلافه وهو رأى زفر ، وقال ابن أبى ليلى القول قول الزوج فى الكل إلا فى ثيابها ، [illegible] واضع اليد هو الزوج أما ثيابها فالظاهر يشهد لها . وقال الحسن القول قول المرأة فى [illegible] الا ثياب الرجل ، ووجهته أن يد المرأة على ما فى البيت أظهر ، فالقول قولها .

المرأة لاتدخل بيت زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها ، فكان الظاهر شاهداً لها بذلك القدر ، ويكون القول قولها فيه ، والظاهر يشهد للرجل فى الباقى ، لأن يده عليه . فالقول قوله فيه .

وقال أبو حنيفة ومحمد مع آخرين : إن القول قول الزوج فى كل مايصلح لهما . لأن المسكن مسكنه ، فكل ما يحويه هو تحت يده وسلطانه ، ويده فيه متصرفة ، أما يد المرأة فحافظة ، واليد المتصرفة هى يد الملك ، فكانت دليل الملكية ظاهراً ، أما اليد الحافظة ، فكيد الوديع لاتدل على الملك . وإذا كان الأمر كذلك فالظاهر يشهد للزوج ، ويكون القول قوله فيما يصلح لهما ، بخلاف مالا يصلح إلا لها ؛ لأن ثمة شاهداً على الملكية أقوى .

هذا رأى الأئمة إذا لم تكن بينة . وإذا كان واحد منهما له بينة فإنه يحكم له فى أى حال من الأحوال ، وإن أقاما بينتين ترجح بينة من لايشهد له الظاهر .

هذا إذا كان الاختلاف فى حياتهما . أما إذا كان بين ورثتهما أو بين أحدهما وورثة الآخر فالحكم كذلك عند أبى يوسف . وكذلك عند محمد ، أما أبو حنيفة فقرر أن الحكم كما ذكر إذا كان الخلاف بين ورثتهما أو ورثة الزوجة مع الزوج أما إذا كان الخلاف بين ورثة الزوج مع الزوجة ، فقرر أن الظاهر يكون شاهداً للمرأة ، لأنها واضعة اليد .

النفقة

٢٤٠ — يحصر الفقهاء أسباب النفقة الواجبة لشخص على غيره فى ثلاثة: هى الزوجية، والقرابة، والملكية، فنفقة الزوجة تجب على زوجها بمقتضى الزوجية، ونفقة القريب تجب على قريبه بسبب الرحم المحرمية الواصلة بينهما، ونفقة العبد تجب على سيده بسبب الملكية، ولكل واحدة من هذه النفقات باب قائم بذاته، ونطرح من بحثنا نفقة الملكية، والكلام فى نفقة الأقارب عند الكلام فى أحكام الأولاد وحقوقهم.

والآن نتكلم فى نفقة الزوجية، وهى واجبة للزوجة على زوجها، باعتبار ذلك حكما من أحكام عقد الزواج الصحيح، وحقاً من حقوقه الثابتة للزوجة على زوجها بمقتضى العقد ولذلك تجب، ولو كانت الزوجة غنية، وسواء أكانت مسلمة؛ أم كانت غير مسلمة. لأن سبب الوجوب هو الزواج الصحيح، وهو متحقق فى الزوجات جميعاً.

وقد ثبت وجوب النفقة بالكتاب، والسنة، والقياس، والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» والمراد بهن الزوجات من الأمهات. وقوله تعالى فى حق المطلقات: «ولينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه، فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها».

وقوله تعالى فى حق المطلقات أيضاً: «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم» وإذا كان ذلك حق المطلقات فى أثناء العدة، فحق الزوجات أوجب.

واما الحديث فقوله ﷺ فى حجة الوداع: واتقوا الله فى النساء فانهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله،

لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحد تكرهونه ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

وروى أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ ، فقال ما حق المرأة على زوجها ، فقال ﷺ : « يطعمها إذا طعم ، ويكسوها إذا كسى ، ولا يهجرها إلا فى البيت ، ولا يضر بها ، ولا يقبح » ، وفى البخارى ومسلم أن هنداً بنت عتبة زوج أبى سفيان قالت : يارسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لايعطينى من النفقة مايكفينى ويكفى بنى ، إلا ما آخذ من ماله بغير علم ، فقال ﷺ : « خذى من ماله بالمعروف مايكفيك ويكفى بنيك » .

وأما القياس فإنه من القواعد المقررة فى الفقه أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه ، فالمفتى ، والوالى ، والقاضى ، وغير هؤلاء من العاملين فى الدولة نفقاتهم تجب فى بيت المال ، لأنهم حبسوا أنفسهم عن طلب الرزق لمنفعة الدولة فحق عليها أن تقدم لهم مايكفيهم وأهلهم بالمعروف . ولقد حبست الزوجة نفسها للقيام على البيت ورعاية شئونه ، فحقت لها النفقة جزاء الاحتباس .

ولقد انعقد إجماع المسلمين على ذلك من عهد النبى ﷺ إلى الآن لم يخالف فى ذلك أحد .

٢٤١ — والسبب فى وجوب نفقة الزوجية هو العقد الصحيح بشرط وجود الاحتباس أو الاستعداد له ، والعقد الفاسد لايوجب نفقة قط ، حتى إنه لو قدم الرجل للمرأة نفقة ، ثم تبين أن العقد فاسد ، كما لو أنفق على امرأة عقد عليها ، ثم تبين أنها أخته رضاعاً مثلا رجع عليها بما أنفق ، إن كان قد أعطاها ماتنفق منه بفرض القضاء ، أما إن لم يكن بفرض القضاء فلا يرجع ، ووجه هذه التفرقة أنه إن أعطاها بفرض القضاء ، فقد أعطاها مالا على أنه جزاء للاحتباس فى عقد صحيح ، وقد تبين فساد العقد ، ولا

يحتمل أن يكون متبرعا ؛ لأن القضاء ألزمه ، أما إن أنفق من غير حكم القضاء فاحتمال التبرع ثابت ، ولم يكن ثمة تقدير للنفقة مفروض ، فيكون الإنفاق على سبيل الإباحة فلا رجوع .

٢٤٢ — والنفقة فى العقد الصحيح جزاء الاحتباس أو الاستعداد له . كما قررنا ، فإذا لم يتحقق الاحتباس ولا الاستعداد له فلا نفقة . وإذا تحقق الاستعداد مع إمكان استيفاء أحكام الزواج من الزوجة فى الجملة وجبت النفقة ، سواء انتقلت إلى بيت الزوجية أم لم تنتقل ولم تمانع فى الانتقال ؛ لأن الزوج إذا ترك حقه فى نقلها فعلا إلى بيته لا يضيع حقها فى النفقة . وهذا هو الأصح فى المذهب الحنفى وغيره (١) .

٢٤٣ — والاحتباس الموجب للنفقة هو الاحتباس الذى يمكن معه استيفاء أحكام الزواج ؛ حتى يمكن أن يكون الاحتباس لمنفعة الزوج ، ولقد تكلم الفقهاء فى هذا المقام فى مسألتين :

إحداهما : مسألة الزوجة المريضة ، وقد اتفقوا على أنها إذا مرضت قبل الزفاف ، ولا يمكنها الانتقال إلى بيته فلا نفقة لها ؛ لأن الاحتباس غير ممكن ، ولا يتأتى الاستعداد له ، إذ المرض يمنعها (٢) .

وإذا كان يمكنها الانتقال فالنفقة لها واجبة ، إلا إذا طلبها وامتنعت ؛

---

(١) هذا ما جاء فى ظاهر الرواية ، وقد اختار صاحب الهداية عدم وجوب النفقة قبل أن نزف إليها ، واختاره بعض المشايخ ، وهو رواية عن أبى يوسف . والظاهر أن عدم وجوب النفقة على ذلك الرأى إنما يكون إذ لم تطالبه بالانتقال . أما إذا طالبته بالانتقال ولم يعد المسكن الشرعى فتجب النفقة اتفاقا ، وإنما الخلاف فيما إذا طالبته بنفقة عن عدة قبل الزفاف ، ولم يوجد ما يدل على المنع من أحدهما فظاهر الرواية يوجبها والرأى الثانى لا يوجبها .

(٢) هكذا حكى الاتفاق على حكم هذه الحال الكاسانى فى البدائع وابن نجيم فى البحر ولكن ابن همام فى فتح القدير ، قال إنه تخريج على قول من يشترط لوجوب النفقة الانتقال إلى بيت الزوجية وإن ظاهر الرواية غيره .

لأن إمكانها الانتقال واستعداده له كاف لوجوب النفقة وأحكام الزواج يمكن استيفاؤها في الجملة . . المرض عارض قابل للزوال ، وحسن العشرة يوجب احتماله ، ولأن ما تكون أحدهما ... لا تسقط فيه الحقوق الأمور العارضة التي لا يد للإنسان فيها ، ولا قبل له بدفعها ، وعلى ذلك تكون المريضة في هذه الحال كالسليمة على سواء (١) .

هذا كله إذا كان مرضها قبل أن تزف إليه ، أما إذا زفت سليمة ثم مرضت فلها النفقة مادامت في بيت الزوجية ، ولو كان مرضها مزمناً : وذلك لأن الاحتباس قد تم كاملا ، والمرض عارض ، وهو كيفما كان قابل للزوال ، والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة . ولأن حسن العشرة يوجب أن يحتمل كل واحد منهما صاحبه في مرضه وسقمه (٢) .

(ثانيهما) مسألة نفقة الزوجة إذا كانت صغيرة وهي ثلاثة أقسام :

(أولها) صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا في الخدمة ولا في الاتئناس ، وهذه لا نفقة لها بالإجماع في المذهب الحنفي (٣) ؛ لأن النفقة منوطة بالاحتباس مع إمكان استيفاء الأحكام ، وهذا غير متصور في هذه الصغيرة .

---

(١) ويروى عن أبي يوسف أنه لا نفقة لها قبل الانتقال ، فإن نقلت وهي مريضة فله أن يردها ؛ وإن أبقاها فلها النفقة ، ووجه هذه الرواية أن الاحتباس الموجب للنفقة هو الذي يمكن استيفاء أحكام الزواج منه ؛ فإن كانت مريضة مرضاً لا يمكن معه استيفاء أحكام العقد منه فلا نفقة وإن أبقاها فقد رضي بهذا الاحتباس الناقص فتجب لها النفقة ، ولأنه قد رضي به ولا ينقص ما تم برضاه .

(٢) ولقد ... في فتح القدير . « أن شمس الأئمة الحلواني قال : إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع معه تسقط النفقة ، ولكن الأولى الأخذ بما ذكرنا ، وهو وجوب النفقة لأنه المتفق مع معنى الزوجية وغايتها السامية .

(٣) خالف الشافعي في ذلك ، لأنه يجعل النفقة تابعة للعقد ، وما دام العقد قد وجد فالنفقة و... صغيرة كانت أو كبيرة إلا إذا حصل نشوز .

(ثانيها) صغيرة يمكن الدخول بها ، وهذه حكمها حكم الكبيرة ؛ لأن أحكام الزواج يمكن استيفاؤها منها .

(ثالثها) صغيرة يمكن الانتفاع بها فى الخدمة أو المؤانسة ، ولكن لا يمكن الدخول بها ، وقد قال الأكثرون : لا نفقة لها ؛ لأن المقصود لا يمكن استيفاؤه منها ، وقال أبو يوسف مع بعض الفقهاء إن نقلها تجب لها النفقة لإمكان الانتفاع فى الخدمة والاستئناس ، وإذا كان عدم إمكان الانتفاع بالاحتباس من قبل الرجل وحده ، كأن يكون صغيراً أو عنيناً أو مريضاً فإن النفقة تكون واجبة عليه ، لأنها قامت بكل أحكام الزواج الممكنة من قبلها ، فحق عليه أن ينفق عليها :

٢٤٤ — وإذا امتنعت عن الانتقال بحق لها ، فإن النفقة تكون واجبة كأن تمتنع ؛ لأن المسكن الذى أعده تسكن فيه ضرتها ، إذ المسكن حينئذ لا يكون مسكناً شرعياً ، فإن من حقها أن تسكن فى مسكن خال من الضرة ، لأن وجودها معها إيذاء لها .

وكأن يكون المسكن مغصوباً ، فإنها إن انتقلت إليه تشاركه فى الإثم ، ومن حقها أن تجانب الإثم ، ولا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق .

وكأن تمتنع لأن المسكن غير لائق بمثله ، أو غير مستوف للمرافق الشرعية وهكذا .

فنى هذه المسائل وأشباهها يكون فوات الاحتباس ، باستعمال حق شرعى لها ، فيكون بسبب من جانبه . فيعتبر الاحتباس موجوداً حكما ، لأنها مستعدة فى دائرة مايلزمها به من أحكام عقد الزواج .

ولقد تكلم الفقهاء فى هذا المقام فى مسألتين :

(إحداهما) إذا امتنعت عن الاحتباس لعدم تقديم معجل الصداق ، فقد قالوا إن ذلك إن كان قبل الدخول بها فلها النفقة ، لأن الامتناع لحق لها ، ولم يوجد مايدل على إسقاطه ، لا نصاً ولا دلالة .

وإن كان بعد الدخول فقد اختلف أبو حنيفة وصاحباه وجمهور الفقهاء، فقال أبو حنيفة مع بعض الفقهاء لها الامتناع، لأنها لم تسقط حقها فى المستقبل وإسقاط حقها فى الامتناع فى الماضى لايدل على إسقاطه فى المستقبل، وقال الصاحبان مع آخرين من الفقهاء ليس لها الامتناع، لأنها برضاها بالدخول مختارة، قد أسقطت حقها فى الامتناع لأجل المعجل. والساقط لا يعود.

(الثانية) إذا أراد أن ينقلها إلى غير بلدها، فامتنعت عن السفر، فهل يعد ذلك امتناعا لحق لها؟ وبعبارة أخرى هل من حق الزوجة أن تمتنع عن السفر مع زوجها؟ المتقدمون من الفقهاء على أن للزوج أن يسافر بزوجته، وليس لها الامتناع عن السفر معه، وذلك لقوله تعالى: «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم، ولا تضاروهن» وأساس الحياة الزوجية أن تعيش المرأة حيث يعيش الرجل (١).

ولكن جاء المتأخرون من الفقهاء السابقين. فأفتى بعضهم بأنه لايجوز السفر بها، لأنه يضارها ويضيق عليها بالسفر، فوقع السفر تحت النهى الذى ذيلت به الآية السابقة «ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن» وخرجوا كلام المتقدمين على صلاح الناس فى زمانهم، وعدم قصدهم المضرة بالسفر.

---

(١) هذا هو المذكور فى ظاهر الرواية، ورأى المتأخرون عكسه، وقد قال أبو القاسم الصفار فى ترجيح رأى المتأخرين: «هذا كان فى زمانهم، أما فى زماننا فلا يملك الزوج أن يسافر بها، ولو أوفى صداقها، لأنه فى زمانهم كان الغالب من حالهم الصلاح، أما فى زماننا فقد فسد الناس، والمرأة متى كانت بين عشيرتها فالزوج لا يمكنه أن يظلمها، ومتى نقلها إلى بلدة أخرى ظلمها، ولا يمكن أن تستغيث عليه بأحد.

ولقد قال بعض المتأخرين أن أوفاها المهر كله معجله ومؤجله، وكان مأموناً عليها له أن يسافر بها، ولقد قال الزيلعى فى هذا القول: «قال صاحب الملتقى؛ وأفتى أنا بأنه يتمكن من نقلها، إذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان مأموناً. ولا يمكن إذا أوفاها المعجل دون المؤجل لأنها لاترضى بالتأجيل إذا أخرجها إلى بلاد الغربة».

والقول الفصل فى هذا المقـام ، وهو الذى يتفق فيه دليل المتقدمين والمتأخرين أنه إن كان السفر ليس للضرر ، كالسفر لأن عمله ليس فى بلدها وهو مأمون عليها فله السفر بها ، وإن امتنعت فقد امتنعت بغير حق شرعى فله إجبارها بحكم القضاء بالطاعة ، وليس لها النفقة فى مدة الامتناع . وإن كان السفر مضاره كأن كان له مقر فى المصر ، وعمل فيه ، وأراد أن ينقلها إلى قريته أو مزرعته أو كان غير مأمون عليها ، ففى هذه الحالة . لها الامتناع ولا يسقط حقها فى النفقة بامتناعها . وهذا ما عليه العمل بمصر .

٢٤٥ — وإذا فوتت المرأة على الرجل حق الاحتباس الشرعى بغير حق فلا نفقة لها ، وتعد ناشزة ، ومن النشوز ما يأتى :

(ا) إذا امتنعت عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير سبب شرعى ، وقد دعاها إلى الانتقال ، وأعد المسكن إعداداً كاملا يليق به ، وكذلك إذا خرجت من منزله بغير إذنه ، واستمرت ناشزة مدة طالت أو قصرت ، فإنه لا نفقة لها فى هذه المدة ، وإذا عادت إلى طاعة زوجها ، واستقرت فى مسكنه عادت النفقة فى المدة التالية .

(ب) إذا كانا يقيمان فى بيتها بإذنها ، ثم منعته من الدخول ، ولم تطلب منه الانتقال إلى مسكن بعده ، وتترك له فرصة للبحث ؛ لأن منعها له من غير ذلك الطلب والإمهال خروج عن طاعته ، فتكون ناشزة أيضاً ، أما إذا منعته بعد أن سألته النقلة ، وأمهلته مدة كافية للبحث فإنه لا يعد امتناعاً عن الاحتباس فتكون لها النفقة . وإن عد امتناعاً فهو امتناع بحق ، فلا يسقط النفقة ، إذ حقها فى أن يعد لها مسكناً ، لا أن تعد له المسكن .

(ج) المحبوسة ، ويظهر من عبارات الكتب فى المذهب الحنفى أنها لا نفقة لها بالاتفاق ، إذا كان الحبس قبل الزفاف . لفوات الاحتباس الشرعى . وعدم إمكانه ، أما إذا كان الحبس بعد الزفاف ، فإن كان فى

قدرتها التخلص منه ، كأن يكون الدين تستطيع أداءه . فلا نفقة لها أيضاً بالاتفاق ، لأن فوات الاحتباس جاء بأمر من قبلها ، وليست معذورة فيه ، بل لها فيه اختيار . أما إذا كان الحبس بعد النقلة . ولا يمكن تلافيه ففي هذه الحال اختلفت الروايات ، فظاهر الرواية أنه لا نفقة لها ، لأن الاحتباس قد فات بسبب من قبلها ، وأصبح غير ممكن ، وروى عن أبي يوسف وهو قول بعض الفقهاء أن النفقة تجب لها ، لأنها معذورة في ذلك ، ولا قبل لها بدفعه .

ومثل المحبوسة في الحكم المغصوبة ، ولذلك جاء في البدائع . «ولو فرض الماضي لها ، ثم أخذها رجل كارهة فهرب بها شهراً . أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها لفوات التسليم لا لمعنى من قبل الزوج ، وروى عن أبي يوسف أن لها النفقة ، لأن الفوات ما جاء من قبلها باختيارها .

(د) المحترفة ، فإذا كانت المرأة من المحترفات اللاتي لا يقررن في البيت فلا نفقة لها إذا طلب منها القرار في البيت فلم تجب طلبه ، وذلك لأن الاحتباس في هذه الحال ناقص وله طلبه كاملا ، فإن امتنعت فهي ناشزة ، أما إذا رضي بهذه الحال ، فقد رضي بالاحتباس الناقص فتجب النفقة(١) .

وذلك التفصيل في ذاته معقول ، لأن الاحتباس الذي تجب بسببه

---

(١) في الزوجة المحترفة خلاف بالنسبة لنفقتها ، واعتبارها ناشزة ؛ ففي الدر والمجتبى أنه لا نفقة لها ؛ وقد جاء في الدر : «لو سلمت نفسها في الليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لنقص التسليم ... » وقال في النهر وفيه نظر ؛ وأوجبها ، لأنها معذورة ورجح ابن عابدين عدم وجوب النفقة إن نهاها عن حرفتها ، فامتنعت ، وينقل ذلك عن صاحب البحر ويقول «عن البحر أن له منعها من الغزل ، وعن كل عمل ، ولو قابلة . . . وأنت خبير بأنه إذا كان منعها من ذلك » فإن عصته وخرجت بلا إذنه ، كانت ناشزة ، وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة » ويلاحظ أن رضاه باحترافها وقتا ما لا يمنع عدم رضاه في غيره .

النفقة هو الاحتباس الذى يمنعها من كسب المال بنفسها ، والمحترفات لا يتحقق منهن ذلك ، وإن رضى الزوج بذلك الاحتباس الناقص فهو مأخوذ برضاه فى مدة الرضا .

(هـ) المسافرة للحج إذا حجت من غير مصاحبة ذى رحم محرم منها ، ومن غير مصاحبة زوجها ، فإنه لا نفقة لها قولا واحداً . لأنها تكون عاصية إذ ليس للمرأة أن تسافر من غير مصاحبة ذى رحم محرم أو زوج ولا يبرر السفر كونه لأداء فريضة الحج ، لأنه لا فرض إلا حيث الاستطاعة ولا استطاعة لها إلا إذا وجد ذو رحم محرم يصاحبها أو زوج .

وإن سافرت للحج مع زوجها فلها النفقة اتفاقاً ، لوجود الاحتباس ولكن النفقة الواجبة هى نفقة الحضر لا نفقة السفر ، إذ السفر لمنفعتها ، وعلى الزوج ماهو نظير الاحتباس . وهو نفقة الإقامة .

وإن سافرت للحج من غير مصاحبة للزوج ، ولكنها مع ذى رحم محرم منها وكان ذلك قبل زفافها فلا نفقة لها قولا واحداً أيضاً ، لفوات الاحتباس وعدم إمكانه والاستعداد له ، أما إذا كان ذلك بعد أن زفت إليه فقد اختلف فى ذلك محمد مع أبى يوسف ، فمحمد يرى أنه لا نفقة لها ، لفوات الاحتباس وأبو يوسف يرى وجوب النفقة ، لأن الاحتباس قد فات بعد أن سلمت نفسها ، وهو بعذر شرعى ، وهو أداء الفريضة ، ولا عصيان فى سفرها : لأنها سافرت مع ذى رحم محرم منها ، والواجب هو نفقة الحضر ، لا نفقة السفر كما قررنا .

وظاهر عبارات الكتب أن ذلك الخلاف إنما هو سفرها لفريضة الحج. أما إذا كان السفر لغير فريضة بأن أدت الفريضة من قبل ، فلا نفقة لها بالاتفاق لأنها ليست معذورة فى السفر .

٢٤٦ — تقدير النفقة، وجوب النفقة قسمان ، وجوب تمكين، ووجوب

تمليك ، فوجوب التمكين يكون بأن يعد لها النفقة بأنواعها الثلاثة ، فيقدم لها الطعام الذي تحتاج إليه ، والكسوة التي تليق به ويعد المسكن الذي تسكنه والأصل في الوجوب هو هذا التمكين . فإن لم يكن . انتقل الوجوب إلى التمليك ، وهو أن يقدم مقداراً من المال ، يكفي لطعامها وكسوتها وسكنها ، ويعطى هذا المقدار كل شهر أو كل أسبوع على حسب اتفاقهما ، أو على حسب العرف الذي يسير عليه حكم القضاء بها ، ويقدر النفقة في هذه الحال على حسب الأحوال غلاء ورخصاً . وتختلف باختلاف الأماكن والأقاليم . وإذا قدر مقدار بفرض القضاء أو بتراضيهما ، ثم حالت الأحوال : فتبين أنه أقل من كفايتها فلها طلب الزيادة كما أن له أن يطلب نقص المفروض ، إذا تغيرت الأحوال عن وقت الفرض ، وصار أكثر من الواجب عليه .

٢٤٧ — أساس التقدير : ولكن أيلاحظ عند التقدير حال الزوج أم حالها ؟ في مذهب أبي حنيفة رأيان مصححان (أحدهما) وهو رأي كثيرين من الفقهاء أنه يعتبر حالهما ؛ ومقتضى هذا الرأي أنهما إن اتفقا في اليسار كان الواجب نفقة اليسار ، وإن اتفقا في الإعسار كان الواجب نفقة الإعسار ، وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً كانت النفقة الواجبة بين اليسار والإعسار ، ولكن إن كان المعسر هو الزوج يقدم مايستطيعه والباقي يكون ديناً عليه تستدينه عليه ممن تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة ، ونظرة إلى ميسرة (١) .

وحجة هذا الرأي قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله عليه الصلاة والسلام : « خذي من مال أبي سفيان

(١) هذا الرأي هو رأي الخصاف ، وقال فيه صاحب الهداية أنه الفقه ، وعليه المتون وأصحاب الفتاوى ، والرأي الثاني هو رأي الكرخي ، وهو ظاهر الرواية ، وبه قال جمع من المشايخ ، ونص عليه محمد ، وهناك رأي ثالث ضعيف ، وهو أنه يعتبر حالها وقد نقله صاحب الخانية وقال لأنه ضعيف .

ما يكفيك وولدك بالمعروف وليس من المعروف أن تجب لها نفقة الإعسار وهى موسرة ، كما أن العكس ليس من المعروف ، ولكن لعجز الزوج فى حال إعساره لا يقدم عاجلا إلا ما يستطيعه ، لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

(وثانيهما) وهو رأى فريق من الفقهاء أن النفقة تقدر على حسب حاله يساراً وإعساراً ، لقوله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » ثم إن حسن العشرة يوجب على الزوج أن يرفع خسيسة زوجته إن كانت فقيرة ، ويوجب على الزوجة ألا ترهق زوجها من أمره عسرا ، فلا تطالبه إلا بما يقدر .

وقد كان العمل بمصر على الرأى الأول ، لأنه الراجح عند المتأخرين ، ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أوجب العمل بالرأى الثانى ، فقد جاء فى المادة السادسة عشرة : تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة » .

ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية : « بما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة ، فمذهب الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة لا تقدر النفقة إلا بحسب حال الزوج مهما كانت حال الزوجة استناداً إلى صريح الكتاب الكريم « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً ، أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وبما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال ، فكان من المصلحة الأخذ بمذهب الشافعى ، والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها ، ولذا وضعت المادة (١٦) .

٢٤٨ — وتقدر النفقة كل يوم ، أو كل شهر ، أو كل سنة حسب

أحوال الزوج والأيسر له أداء ، فإذا كان من أصحاب المرتبات فرضت عليه كل شهر ، وعلى العمال كل يوم أو كل أسبوع ، وعلى الزراع فى أوقات الحصاد ، وهكذا ، إلا إذا شكت الزوجة المطل إذا طالت المدة ، فإنه يفرض لها فى مدة لاتخشى فيها مطلا .

والجارى عليه العمل الآن فى المحاكم المصرية أنه تفرض النفقة كل شهر ، ليسر الشهر على أكثر الناس ، ولأن المدة فيه لاتطول ، بحيث تخشى الزوجة المطل ، ويفرض القاضى النفقة كلها ، مقدرة بمقدار كل شهر ، تكون بدل طعامها وكسوتها وأجرة مسكنها ، إن لم يكن قد أعد لها مسكناً ، وإن كان قد أعد لها مسكناً دعاها إلى الطاعة فيه — فرض لها القاضى بدل الطعام والكسوة كل شهر ، ويجعل بدل الكسوة هو ماقدره للطعام شهرياً أو أكثر منه ، أو أقل ، على أن يدفع كل ستة أشهر .

وقد تقدر نفقة الطعام أصنافاً بأن تعطى من القمح كذا ، كذا ، ولكن لا يعمل بهذا فى مصر .

٢٤٩ — وإذا أعد الرجل المسكن الشرعى لايفرض القاضى لها أجرة مسكن ، كما ذكرنا ، والمسكن الشرعى يجب أن يكون خالياً من الضرة ، لأن وجود الضرة فى ذاته إيذاء لها ، كما جرت بذلك العادة ، ودل الاستقراء .

وكذلك يجب أن يكون خالياً من أهله إذا تضررت من وجودهم (١) ويكون المسكن على حسب مايليق بالرجل ، فإن كان مثله لايسكن إلا فى قصر ، فلا تسكن إلا فيه كيفما كانت حالها ، وإن كان مثله لايسكن إلا فى جناح من منزل لايسكنها إلا فيه ، وإن كان مثله يسكن فى حجرة

---

(١) جاء فى الهداية مانصه : « إذا وجب المسكن حقاً لها . فليس له أن يشرك غيرها فيه ، لأنها تتضرر به ، فإنها لاتأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع ، إلا أن تختار ذلك ، لأنها رضيت بانتقاص حقها ، وهذا يدل على أن لها ألا تسكن مع أهله إذا تضررت ، ولا تسأل دليلا عن الضرر أو مقداره .

يكون المسكن الشرعى لها حجرة لها غلق تأمن فيه على متاعها ، ويكون له مرافق شرعية .

وإذا كان المسكن المستقل الذى يليق بحال الزوج بجواره مسكن فيه ضرتها أو أحد أقاربه أيعد مسكناً شرعياً ؟ الظاهر من عبارات الفقهاء والمتون والمفتين أنه يعتبر مسكناً شرعياً مادام هو الذى يليق بحاله ، لأنها قد أمنت على متاعها ، ولا شريك لها فى مسكنها ، إلا إذا آذوها بجوارهم ، فيكون الامتناع لا لنقصان المسكن وعدم كفايته ، بل لأنها بين جيران غير صالحين ، ومن المقرر أن المسكن إذا كان بين جيران غير صالحين يكون على الزوج أن ينقلها إلى غيره ، ، أياً كان هؤلاء الجيران .

وعلى ذلك إذا كان يسكنها شقة فى منزل ، وذلك مسكن من هو فى مثل حاله ، وفى الشقة الأخرى ضرتها أو بعض أهله يعتبر المسكن شرعياً ، لأن الشقة مستوفية كل المرافق الشرعية ، فتعتبر كأنها منزل قائم بذاته ، وعبارة المتون تجعل الغرفة التى لها غلق مسكناً شرعياً ، ولو كان بجوارها غرفة ضرتها أو حماتها . فأولى أن تكون الشقة كذلك ، إلا إذا آذوها بالقول أو الفعل إيذاء بينا قام الدليل عليه (١) .

---

(١) جاء فى الفتح . « لو كانت فى الدار بيوت ، وأبت أن تسكن مع ضرتها ، أو مع أحد من أهله ، إن أخلى لها بيتا ، وجعل له مرافق وغلقا على حدة فليس لها أن تطلب بيتا آخر » وذكر ابن عابدين فى المسألة أربعة أقوال .

(أولها) أن البيت الذى له غلق يكفى (وثانيها) أنه لا يكون شرعيه إذا كانت معها الضرة فى الدار، وإذا كان أحد أقاربه يكفى (وثالثها) أنه لا يكفى مطلقا (ورابعها) أنه لا يكفى إذا كانت من الموسرات ، ثم قال « الحاصل أن المشهور المتبادر من اطلاق المتون أنه يكفيها بيت له غلق من دار ، سواء أكان فى الدار ضرتها ، أو أحماؤها » .

هذا ويلاحظ أن الخلاف المذكور هو فى البيت من دار أى الحجرة من دار ، أما الشقة فهى منزل أو كالمنزل القائم بذاته فلا يجرى فيها خلاف ، كما يلاحظ أن الراجح فى البيت أنه يكفى مسكناً شرعياً إذا كان له غلق ، وهو سكن مثله .

٢٥٠ ـ وإذا كان الزوج موسراً . وزوجته ممن يخدمون تجب عليه أجرة خادم لها ، وهذا باتفاق الفقهاء لأنه يكون من نفقتها ، إذ الخادم لازم لها فى هذه الحال ، وهو قادر على أجرته .

ولا تفرض أجرة خادمين عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن خادماً واحداً يسد الحاجة والخادمان ترفه غير واجب . وقال أبو يوسف وكثير من الفقهاء تجب أجرة خادمين إذا كان الزوج قادراً . وكان مثلها يخدم بخادمين ، ولا تفرض أجرة لأكثر من خادمين فى رواية أبى يوسف ، وفى رواية أخرى عنه وهو رأى بعض الفقهاء أن المرأة إذا كان مثلها يخدم بأكثر من خادمين وهو قادر على أجرتهم يكون عليه ذلك ، وهذا الرأى أقرب إلى روح عصرنا ، وهو المتفق مع عرف الطبقات ذوات اليسار ، بل عرف المتوسطين أحياناً (١) .

وإذا كان الزوج معسراً لا تجب نفقة خادم أصلا ، لأن الواجب فى هذه الحال نفقة الضرورة ، والخادم ليس ضرورياً .

٢٥١ ــ قضايا النفقة : ذكرنا أن الأصل فى وجوب النفقة هو وجوب التمكين ولا يصح الانتقال إلى وجوب التمليك ، إلا إذا تبين أن الزوج لا ينفق عليها ، ولا يمكنها من النفقة ، ولذلك قرر الفقهاء أن الزوجة إذا شكت إلى القاضى أن زوجها لا ينفق عليها ، وطلبت فرض نفقة لها ، أنه لا بد من أن يثبت لديه أنه لا ينفق عليها ، ولا يمكنها من النفقة فإن ثبت أنه يمكنها من النفقة أو يعطيها كل ما تحتاج إليه يرفض دعواها ، لأن الأصل هو التمكين ، وإن ثبت لديه أنه ممتنع عن الإنفاق ، ولا تتمكن من تناول ما تحتاج إليه تحرى القاضى حاله أهو موسر فتجب نفقة اليسار على مقدار

---

(١) قال محمد إن كان معسراً وكان لها خادم مملوك كانت عليه نفقته ، لأنه لما كان لها خادم [illegible] أنها لا ترضى بخدمة نفسها ، وأن نفقة الكفاية لها تقتضى سد حاجة ذلك المملوك .

يساره ، أم معسر فتجب نفقة الإعسار ، ومن التحرى مايسمى فى الفقه الحنفى بشهادة الاستكشاف ، وهى البينات التى يتحرى بها القاضى معرفة أمر من الأمور ، وقد نصت لائحة الإجراءات على أن بينات النفقات من شهادة الاستكشاف ، وتسمع من غير يمين ، مع أن اليمين مطلوبة فى شهادات الإثبات بمقتضى اللائحة ، وهذا نص المادة ١٧٩

« تكفى شهادة الاستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها ، وأجرة الحضانة ، والرضاع ، والمسكن ، والشروط التى يتوقف عليها القضاء بما ذكر » .

ولقد جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٧٣ : « ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف تحليف اليمين ، بل يكفى مجرد الأخبار ممن يوثق به » .

٢٥٢ — وإذا كان الزوج معسراً لايملك شيئاً ، ولا كسب له لايمنع ذلك من أن يفرض القاضى عليه نفقة الإعسار ، ولا يفرق القاضى بينهما(١) فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه وبعض الفقهاء ، ومذهب الأئمة الثلاثة يفرق بينهما ، وسنبين تفصيل ذلك عند الكلام فى التفريق الذى يملكه القاضى ، فإن ذلك هو المعمول به بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

وإذا فرض القاضى النفقة على المعسر ، ولم يستطع الأداء تكون النفقة ديناً فى ذمته ، لأن كل واحد مخاطب بما يستطيع ، فإن الله سبحانه وتعالى يقول : « لايكلف الله نفساً إلا وسعها » وليس فى وسعه الأداء فتكون ديناً فى الذمة ، ونظرة إلى ميسرة ، ثم لها أن تطلب من القاضى الأمر

---

(١) زوجة المعسر الذى لايملك شيئاً ، ولايستطيع إنفاق شىء ولا كسب له ، فى حكمها ثلاثة آراء فى الفقه الإسلامى ، أولها رأى الظاهرية وهو رأى عمر رضى الله عنه أنها تسقط ، بل تلزمها نفقته إن كان عاجزاً عند الظاهرية ؛ والثانى رأى الأئمة الثلاثة أنها لاتسقط ، ويجوز لها طلب التفريق ، والثالث ، وهو أوسطها ، رأى الحنفية أنها لاتسقط ولا يجوز لها طلب التفريق للإعسار بل تستدين ممن تجب عليه نفقتها ولو لم تكن زوجة ، ويكون الدين على الزوج يؤديه إذا أيسر .

بالاستدانة ، أو تستدين هي من تلقاء نفسها ، ولكن أمر القاضي بالاستدانة فيه فائدة ، لأن الاستدانة بأمر القاضي يجعل استدانتها بالنيابة عن الزوج حكما ، فيكون الزوج هو المستدين حكماً .

وإذا لم يكن معها ماتنفق منه ، ولم تجد ماتستدين منه ، كان على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن ذات زوج أن ينفق عليها ، ويكون ماينفقه ديناً على الزوج ، فإذا كان لها أب موسر أنفق عليها . وكان ماينفقه ديناً على زوجها يأخذه منه عندما يجعل الله له من أمره يسراً ، وإذا امتنع أبوها أو من تجب عليه نفقتها ، إن لم تكن متزوجة أمره القاضي ، فإن امتنع بعد ذلك مع قدرته على الإنفاق حبسه حتى يؤدى ،

٢٥٣ — وإذا امتنع الزوج عن أداء نفقة زوجته بعد فرضها ، وكان ذلك الامتناع عن قدرة ، لاعن عجز أو لم تتيقن حاله كان لها أن تطلب من القاضي حبسه ، حتى ينفق ، أو يتبين القاضي عجزه ، أو يثبت لدى القاضي أن له مالا ظاهراً يستطيع القاضي تنفيذ حكم النفقة فيه ، وأخذ المفروض من ثمنه بعد بيعه جبراً عنه ويحصل ذلك فعلا .

وذلك لأنه من المقرر فى الشريعة الإسلامية أن المدين يحبس حتى يؤدى ماعليه ، إن كان امتناعه عن مقدرة ، أو يتبين عسره ، إن كان غير ظاهر العسرة ، ولقد بقى ذلك نافذاً فى ديون النفقة فى مصر ، دون سائر الديون .

ولا يحبسه القاضي إذا كان ظاهر العسر ، أو ظاهر العجز عن أداء ماتطلب أداءه أو حبسه لأجله ، لأن الحبس لظلم الامتناع مع القدرة ، وقد ظهر عذره فلا يحبس .

وخلاصة القول فى هذا أن القاضي لايأمر بالحبس إلا بشرطين :

أحدهما : أن تقدر النفقة ، وتمضى مدة لاينفق فيها حتى يتكون دين .

ثانيهما : أن يثبت أن الزوج قادر على إعطائها تلك النفقة ، أو تكون

هناك مظنة القدرة على ذلك ، كما يفهم من المبسوط للسرخسى ، وغيره .

وليس للحبس مدة مقررة ثابتة ، لأن الحبس لحمله على الأداء وإكراهه عليه ، وذلك يختلف باختلاف الناس ، وتقدير المدة يرجع إلى القاضى على حسب ماهو مقرر فى الفقه الحنفى (١) .

والقضاة فى مصر لا يحبسون أكثر من شهر فى دين النفقة ، وذلك كنص لائحة إجراءات المحاكم الشرعية فى المادة ٢٤٧ ، وهذا نصها :

« إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، ولم يؤد حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، أما إذا أدى المحكوم عليه ماحكم به ، أو أحضر كفيلا ، فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية .

ونرى من هذا أن الحبس ينتهى بأحد أمور ثلاثة :

(١) إما بانتهاء المدة .

(٢) وإما بأداء المطلوب أداؤه الذى تثبت قدرته فى أدائه .

(٣) وإما بإحضار كفيل .

والحبس لا يمنع من بيع ماله الظاهر جبراً عنه ، وأخذ بدل النفقة منه وعند تمام ذلك لابد أن يفرج عنه ، لأنه قد سقط الدين بأدائه ، فلم يكن ثمة حاجة إلى الحبس ، بل لقد زال سببه ، فيزول .

---

(١) روى عن أبى حنيفة أن أقصى مدة الحبس شهر ، وروى عنه أن أقصاها ستة أشهر ، وقد اعتبر القانون أقصاها شهراً .

٢٥٤ — القضاء على الغائب فى النفقة : إذا كان الزوج غائباً ، وكان له مال ظاهر حكم لها القاضى بالنفقة ، ونفذ الحكم فى ماله الظاهر ، سواء أكان من جنس النفقة أم لم يكن من جنسها ، وإن لم يكن له مال ظاهر حكم عليه أيضاً بالنفقة واستدانت عليه . وفى الجملة أن الغائب كالحاضر بالنسبة لأحكام النفقة ، وذلك هو ماقرره الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، وهو المعمول به الآن فى مصر ، وقد جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، فإنه قد جاء فى المادة الخامسة منه مايتضمن أنه يعامل معاملة الحاضر بالنسبة لتنفيذ النفقة فى ماله ، وبالنسبة للتفريق ، بيد أنه يعذر إليه ، إذا كان غائباً غيبة قريبة .

٢٥٥ — وهذا الذى قررناه لم يكن هو المعمول به قبل سنة ١٩٢٠ ، بل كان المعمول به هو فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، ولنبين ذلك بعض التبيين .

إنه من المقرر فى المذهب الحنفى أن فرض النفقة من القضاء حكم عند النزاع ، والحكم لابد له من دعوى ، والدعوى فى المذهب الحنفى لا تكون إلا فى مواجهة مدعى عليه حاضر ، ولا يقضى على غائب إلا إذا كان فى ضمن القضاء على الحاضر .

ولذا قرر الفقهاء فى المذهب الحنفى أنه يصح للقاضى تقدير نفقة على الغائب إذا كان التقدير ليس فى موضع نزاع يحتاج إلى إثبات بالبينة أو توجيه اليمين ، فإذا كان الزوج الغائب قد ترك لزوجته مالا من جنس النفقة . وكان للقاضى علم بالزوجية ، وطلبت الزوجة فرض نفقة فى ذلك المال فرض لها ، لأن ذلك ليس قضاء إذ ليس ثمة خصومة ، بل هو إعانة ، ولأن النبى ﷺ قال لامرأة أبى سفيان فى مثل هذه الصورة « خذى من مال أبى سفيان مايكفيك » .

ومثل هذه الصورة ما إذا كان المال الذى هو من جنس النفقة تحت يد

مودع أو كان ديناً على شخص ، وكان كلاهما يقر بالزوجية والدين ، أو كانا ينكران الزوجية . والقاضى يعلم بها ، ففى هذه الحال يفرض لها القاضى نفقة لأن ذلك الفرض ليس إلا إعانة ، وكذلك إذا كانا ينكران المال ، ويعلم القاضى به فإنه يلزمهما بالأداء منه ، وإن حضر الغائب فللمنكر أن ينازعه فى ثبوت المال عليه أو عدم ثبوته .

وفى حال تقدير القاضى وأمره من عنده المال بالأداء يأخذ من المرأة كفيلا ويحلفها يميناً تسمى يمين الاستيثاق ، فيحلفها بأنها لم تطلق وانتهت عدتها ، وليست ناشزة ، ولم يقدم لها زوجها نفقة معجلة عن مدة غيبته ، وتقديم كفيل واجب ، كما قال السرخسى ، وقال بعض الفقهاء إنه حسن للاحتياط ، والأول هو الأولى بالأخذ ، لكى يرجع عليها أو عليه ، إن تبين أنها أخذت بغير حق .

وإن كان من عنده المال غير مقر بالزوجية أو بالمال ، أو بهما ، ولا علم للقاضى فقد اختلف أبو حنيفة والصاحبان مع زفر . فقد قال زفر يسمع القاضى من الزوجة إثبات ما أنكره من عنده المال ، فإن كان منكراً للزوجية أثبتتها ، وإن كان منكراً للمال أثبتته ، ويقضى القاضى بالنفقة ، ولا يتضمن حكمه قضاء بالزوجية ؛ لأن فى ذلك نظراً لمصلحتها ، ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها ، وإن جحد يحلف ، فإن نكل فقد صدقت ، ولها أن تقيم البينة من جديد لإثبات الزواج ، وإنما ثبت الغرض دون الزواج فى أثناء الغيبة ؛ لأن البينة إنما تسمع لإثبات حق الزوجة فى الفرض ، لا لإثبات النكاح على الغائب .

وقال أبو حنيفة والصاحبان لا تسمع بينة ، ولا يقضى بشىء ؛ لأن ذلك قضاء على الغائب بالزوجية ، إن كانت موضع الإنكار ، وقضاء له بالمال إن كان موضع الإنكار ، ولا يقضى للغائب ولا عليه .

وعند القضاء لها على مذهب زفر يؤخذ منها كفيل .

وعلى هذا الخلاف إذا لم يخلف مالا قط ، فقد خالف زفر ، فالثلاثة قالوا لايفرض لها النفقة ، لأن ذلك قضاء على الغائب ، وزفر قال يفرض لها إن أقامت بينة على الزواج ، ويقضى لها بالنفقة دون الزواج ، وتنفق من مالها أو تستدين ويكون ماتنفقه ديناً على الغائب إلا أن يثبت أنه أداها ما كان واجباً عليه ، أو أنه ليس عليه نفقة قط ، لسقوطها بسبب من الأسباب ، ويعيد القاضى نظر الموضوع من جديد ، وإثباتها من جديد إن خالفته .

وأساس كلام زفر كما علمت يقوم على أن البينة يجوز للقاضى أن يحكم ببعض مقتضياتها دون بعض ، كبينة السرقة إن أثبتت أخذ المال وكان ثمة شبهة ، فإنها توجب المال ، ولا تثبت الحد .

وإن كان الغائب قد ترك مالا من غير جنس النفقة ، فلم يكن من النقود ، ولا أصناف الطعام ، فقد اتفق الأئمة فى المذهب الحنفى على أنه لايباع فى سبيل النفقة ، لأن مال المدين إنما يباع إذا امتنع عن الأداء ، ولم يثبت الوجوب على الغائب ، كما لم يثبت امتناعه .

هذا وقد كان المعمول قبل قانون سنة ١٩٢٠ هو مذهب زفر ، فقد كان هو المفتى به فى مذهب أبى حنيفة .

٢٥٦ — دين النفقة : النفقة واجبة بلاخلاف بين الفقهاء ، إنما الخلاف بينهم فى وقت اعتبارها ديناً فى الذمة ، وفى قوة ذلك الدين ، فالأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، قالوا إنها تصير ديناً بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها وإذا صارت ديناً تكون ديناً قوياً لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، كسائر الديون .

وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تصير ديناً بمجرد الامتناع بعد الوجوب ، وإنما تصير ديناً إذا حكم بها القاضى ، أو تراضى على تقديرها الزوجان ،

ولذلك ليس للمرأة فى المذهب الحنفى أن تطالب بنفقة عن مدد سابقة على الدعوى إلا عن الشهر الذى حصلت فيه الدعوى .

وإذا صارت ديناً لا يكون ديناً قوياً لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، بل تكون عند الحنفية ديناً ضعيفاً يسقط بالأداء والإبراء ، والطلاق ، والنشوز العارض ، والموت على خلاف فى بعض ذلك ، ولاتصير ديناً قوياً إلا إذا أمرها القاضى أو الزوج بالاستدانة واستدانتها بالفعل .

وأساس الاختلاف بين الحنفية والأئمة الثلاثة هو الاختلاف فى الوضع الفقهى لوجوب النفقة ، فالأئمة الثلاثة يرون أنها عوض الاحتباس ، ولاوجه للتبرع فيها ، والحنفية يرونها جزاء الاحتباس مع أن فيها ناحية صلة ، فهى جزاء فيه نوع من الصلة ، أو هى صلة وجزاء معاً (١) .

ودليل الأئمة الثلاثة فى اعتبار النفقة واجبة عوضاً لاتبرعاً أو صلة .

(أولا) أمر الشارع الحكيم بها أمر إلزام ، فقد قال تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » وقال تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

(وثانيها) أنها لو كانت صلة أو شبه صلة ما أجبر عليها وألزم بها .

(وثالثاً) أنها وجبت بمقتضى العقد الصحيح فى مقابل قيامها على البيت ومصالحه ، فهى عوض كالأجرة أوجبها الشارع على سبيل المقابلة .

وإذا كانت عوضاً ، فإنها تكون ديناً كسائر الديون من وقت استحقاقها ككل أجرة وعوض .

---

(١) حقق كمال الدين بن الهمام مذهب الحنفية : فقال « ليست بعوض من كل وجه » بل هى عوض من وجه دون وجه ، لأنها جزاء الاحتباس ، فمن حيث إنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع ، وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس هى عوض ، ومن حيث إنه إقامة لأمر الشارع وأمور مشتركة كإعفاف كل الآخر ، وتحصينه من المفاسد ، وحفظ النسب ، وتحصيل الولد ، ليقيم التكاليف الشرعية هى صلة ، فلاعتبار أنها عوض قلنا تثبت إذا قضى بها ، أو اصطلحا عليها ؛ لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضى عليه ، ولاعتبار أنها صلة قلنا تسقط إذا مدت المدة من غير قضاء ، وعملا بالدليلين بقدر الإمكان وذكر فى الغاية معزواً الى الذخيرة أن نفقة مادون الشهر لاتسقط ، فكأنه جعل القليل مما لايمكن الاحتراز عنه .

ودليل الحنفية أن الله سبحانه وتعالى سماها رزقا ، والرزق اسم للصلة ، كرزق القاضى والعامل فى بيت المال لا يملك إلا بالقبض ، ولأن الاحتباس والقيام على البيت ورعاية الأولاد لا تعود مصلحتها على الزوج وحده ، بل تعود عليهما معاً واعتبارها عوضاً خالصاً يوجب أن تكون منافع هذه الأمور للزوج وحده ، وليس كذلك ، بل إن وجوب النفقة على الزوج إنما هو من قبيل تقسيم الواجبات بينهم ، ولا معارضة إلا أن تكون من قبيل مقابلة الحقوق بعضها ببعض ، ولا وجه لقياس النفقة فى النكاح على الأجرة ، لأن هناك فرقاً بين النكاح والإجارة ، ولأن الأجرة فى الإجارة معلومة القدر ، فتثبت ديناً من وقت وجوبها ، أما النفقة فإنما تجب على قدر الكفاية ، وليست معلومة قبل الفرض والتقدير علماً كافياً لاعتبارها ديناً ، وإنما علمها بعد الاتفاق عليها ، أو فرض القضاء لها ، فتكون ديناً بعد ذلك .

٢٥٧ — ويلاحظ أن العمل فى مصر بعد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على مذهب الأئمة الثلاثة من حيث كون النفقة تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء [1] كما قرر أنها تكون ديناً من وقت الامتناع مع استحقاقها ، وقد اشتملت على هذه الأحكام — المادتان الأولى والثانية من هذا القانون ، وهذا نصهما .

المادة الأولى — تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ، ولو حكما

---

(١) يلاحظ أن الإبراء الذى يسقط النفقة هو الإبراء عن النفقة الماضية ، لا النفقة المستقبلة ، لأن الإبراء إسقاط لدين واجب الوفاء ، والنفقة المستقبلة لم تجب ، فلا تكون ديناً ، فلا تقبل الإبراء ، وأيضاً لو أبرأته عما يستقبل من النفقة لكان إسقاطاً للشىء قبل وجود سببه ، لأن السبب هو الاحتباس المتجدد ، ولم يوجد الاحتباس الذى أوجب النفقة المستقبلة ، إذ الاحتباس يتجدد آناً بعد آن ، وكما لا يصح الإبراء عن النفقة المستقبلة لا تصح هبتها ، لأن هبة الدين لمن عليه الدين إبراء ، وقد استثنوا من الإبراء عن نفقة مستقبلة الإبراء عن نفقة شهر ، وليس من الإبراء الخلع على إسقاط نفقة العدة ، لأن ذلك تعهد بعدم المطالبة بها .

ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما . ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

المادة الثانية — المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

ولقد جاء فى تعليمات وزارة العدل التى صحبت هذا القانون عند الكلام على هاتين المادتين .

« اشتملت هاتان المادتان على حكمين مخالفين لما كان العمل جارياً عليه قبل صدور هذا القانون » وهما :

(١) أن نفقه الزوجة أو المطلقة لا يشترط لاعتبارها ديناً فى ذمة الزوج القضاء أو الرضا ، بل تعتبر ديناً من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه .

(٢) وأن دين النفقة من الديون الصحيحة ، وهى التى لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ويترتب على هذين الحكمين :

(ا) أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ، ولو كانت أكثر من شهر ، إذا ادعت الزوجة تركها من غير نفقة ، مع وجوب الإنفاق عليها فى هذه المدة طالت أو قصرت ، ومتى أثبت بطريق من الإثبات ، ولو كانت شهادة الاستكشاف . . . حكم لها بما طلبت .

(ب) أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ، ولا بالطلاق . فللمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ، مالم يكن عوضاً عن الطلاق.

٢٥٨ — هذا ما أتى به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ خاصاً بالنفقة ، وليس لنا عليه نقد فيما يتعلق بقوة دين النفقة . إنما موضع النقد فى جعل النفقة ديناً من وقت الامتناع مع الاستحقاق ، فإن ذلك فتح الباب لكثير من النساء ،

يكذبن فى دعواهن عدم الإنفاق فى آماد طويلة سابقة على الدعوى ، ولقد لاحظ ولى الأمر ذلك ، فمنع سماع الدعوى عن مدة سابقة على الطلب لأكثر من ثلاث سنوات منعاً لكذب النساء اللاتى اتخذن ماجاء بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ سبيلا للكذب والادعاء الباطل كيداً وإعناتاً ، فقد جاء فى المادة ٩٩ من لائحة الإجراءات الشرعية مانصه :

« ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية خاصاً بذلك : أما النفقة عن المدة الماضية فقد رئى أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى .. ولما كان فى إطلاق المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى احتمال المطالبة بنفقة سنين عدة ترهق الشخص الملزم بها رئى من العدل دفع صاحب الحق فى النفقة إلى المطالبة بها أولا فأولا . بحيث لايتأخر أكثر من ثلاث سنين ، وجعل ذلك من طريق منع سماع الدعوى ، وليس فى هذا الحكم ضرر على صاحب الحق فى النفقة ، إذ يمكنه المطالبة بها قبل مضى ثلاث السنين » .

ولاتزال مدة ثلاث السنين طويلة ترهق الزوج ، وتتسع لكذب الكاذبات وعندى أن الأولى هو الرجوع إلى مذهب أبى حنيفة فى هذا ، فإن النساء فى مصر قسمان : قسم لايلجأ قط إلى المحاكم ، وهؤلاء لاينتفعن من ذلك وقسم يلجأ إلى المحاكم بمجرد مغاضبة الزوج ، وامتناعه عن الإنفاق ، وهؤلاء يجدن فى ثلاث السنين باباً للكيد والأذى .

٢٥٩ — هذا هو المعمول به الآن فى مصر وسوريا والسودان ، ومن الحق علينا أن نبين فى هذا المقام ما كان معمولا به من قبل ، بعد أن بينا الأساس الفقهى له ، وهو مذهب أبى حنيفة وأصحابه .

لقد كان المعمول به كما نوهنا أن النفقة لا تكون ديناً قبل التراضى أو القضاء ، وبعد التراضى أو القضاء تكون ديناً ضعيفاً يسقط بالأداء والإبراء ، وبالطلاق ، والموت والنشوز . إلا إذا كان ثمة استدانة بأمر الزوج أو أمر القاضى ، وذلك لأن استدانتها فى هذه الحال تكون بالنيابة عن الزوج ، فيكون الدين فى ذمته ابتداء لغير الزوجة ، وكذلك إذا كانت الاستدانة بأمر القاضى ؛ لأن أمر القاضى ، كأمر الزوج ، إذ القاضى قام لرفع المظالم ، فإذا تعينت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم عن الزوجة ، ولم يأمر الزوج بها أمر القاضى بالنيابة عنه ، فيكون أمره كأمره .

وإذا لم تستدن النفقة بأمر الزوج أو بأمر القاضى كانت ديناً ضعيفاً عند الحنفية ، فيسقط بالموت والطلاق والنشوز كما يسقط بالأداء والإبراء .

(١) أما الموت : فإنه إذا مات أحد الزوجين . وقد كانت لها نفقة فى ذمة الزوج لم تستدنها بأمر الزوج أو أمر القاضى فإنها تسقط ، لأن النفقة صلة من وجه ، والصلات كلها تسقط بالموت ، وذكر صاحب البدائع أنه لا خلاف فى المذهب الحنفى ، فى أن النفقة الماضية المتجمدة تسقط بالموت .

وكما أن النفقة المتجمدة لها تسقط بالموت ، وكذلك إذا عجل لها نفقة ، ثم مات قبل مضى وقتها ، فليس لورثته أن يرجعوا عليها بالباقى عند الشيخين لأنها صلة قد تمت بالقبض ولزمت بالموت فلا يجوز الرجوع ، وروى عن محمد أن لهم أن يرجعوا بالباقى إن كان قائماً ، ولا يرجعوا إن كان هالكا ، وروى أنه قال : يجوز الرجوع فى شهر ومادونه ، ولا يجوز الرجوع فيما زاد على ذلك ، وهو فى هذه الروايات المختلفة رجح جانب العوض فى القائم دون الهالك أو المدة الطويلة التى زادت عن شهر .

(٢) والطلاق قد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى سقوط المتجمد من النفقة به إذا لم يكن مستداناً بأمر الزوج أو القاضى . فقال بعضهم لا تسقط به

لأنها بقضاء القضاء صارت ديناً ، وإن لم يكن قوياً من كل الوجوه ، وقال بعضهم ، (وهو المختار عند كثير من أصحاب المتون ، والفتاوى) أن المتجمد يسقط الطلاق ، لأن الطلاق كالموت ، ولأن النفقة صلة ، والصلة قد انقطعت .

وقد اختار صاحب البحر ، أن الطلاق رجعياً أو بائناً لايسقط النفقة ، لأنها تجب لها النفقة فى العدة فأولى ألا يسقط الثابت لها من قبل ، ولأنه لو كان الطلاق يسقط النفقة ، لاتخذه الرجال ذريعة لإسقاط ماعليهم من نفقات ، والذى اختاره ابن عابدين أنه إن كان الطلاق لسوء أخلاقها أسقط المتجمد وإلا لم يسقط .

وعندى أن من يراجع كتب المتقدمين من الفقهاء لايجد مايدل على أن الطلاق يسقط النفقة الماضية المفروضة ، وأن المتأخرين هم الذين أخذوا بهذا الرأى ، وحاولوا أن يقيسوه على الموت ، مع أن الفارق بين الأمرين عظيم .

ويلاحظ أن من أسقط النفقة المفروضة الواجبة بالطلاق قال إن المعجلة ليس له أن يطالب بردها .

(٣) والنشوز يسقط النفقة المفروضة المتجمدة قبله عقاباً لها على نشوزها حتى لاتقدم عليه بعد الفرض ، وقد ذكر فى بعض كتب الإمام محمد ، فإذا كان لها نفقة شهر أو أكثر ثابتة فى ذمته ثم نشزت سقطت تلك النفقة إلا إذا كان ثمة استدانة بأمر الزوج أو القاضى ، ولو عادت إلى بيته لايعود ماسقط .

٢٦ — أخذ كفيل بالنفقة : يجوز أخذ كفيل بالنفقة الماضية المتجمدة المفروضة ، لأنها دين ثابت واجب فى الذمة ، أما النفقة المستقبلة فهل يجوز أخذ كفيل بها ؟ إذا كانت قدرت بالقضاء أو الرضا يجوز أخذ كفيل بها ، ولكن أبا حنيفة لايعتبره كفيلا إلا عن شهر فقط ، لأن مابعد الشهر لم يثبت بعد ، فلا يؤخذ عنه كفيل ، أما الشهر فقد وجب أداؤه ، فكان الزوج مطالبا به ، فيكون الكفيل مطالباً أيضاً ، وغير الشهر لم يكن الأصيل

مطالباً فلا يكون الكفيل مطالبا . إذ مطالبته مبنية على مطالبة الأصيل . وقال أبو يوسف يكون الكفيل مطالبا عن المدة المذكورة فى الكفالة عن النفقة المستقبلة طالت أو قصرت . وذلك لرفق بالناس ولمعونة الزوجة على استيفاء حقها فى النفقة ، وقد جاء فى البحر وابن عابدين أن الفتوى على قول أبى يوسف ؛ لأنه أكثر تسهيلا لاستيفاء الحقوق .

وإذا لم تكن مفروضة فهل يصح أخذ كفيل بها ؟ اختلفت فى ذلك عبارات الكتب ، ففى الذخيرة ، إنه لا فرق بين المفروضة فى جواز أخذ الكفيل ، على الاختلاف فى مدة الكفالة من حيث كونها بشهر فقط . أو لأى مدة ، وعبارة فتح القدير لم تخطر المفروضة دون غيرها ، وهذا نصها : وعن أبى يوسف لو كفل لها بنفقتها ما عاشت أو كل شهر ، أو ما بقى النكاح بينهما صح ، وقال أبو حنيفة على شهر واحد ، ولو كفل لها نفقة سنة جاز ، وإن لم تكن واجبة . ولو طلقها رجعياً أو بائنا ، والمسألة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر ، لأن العدة من أحكام النكاح ، فترى من هذا أن العبارة تعم حال الفرض والتقدير وحال عدمهما ، وفحوى كلام ابن عابدين يفيد ذلك أيضا ، وهذا نص عبارته :

« إن الاستحسان الجواز ، وإن لم تجب فى الحال ، وأنه يصير كأنه كفل لها بما ذاب لها على الزوج ، وبما ثبت لها عليه بعد ، والكفالة بذلك جائزة فى غير النفقة فكذا فى النفقة ، ولا يخفى أن علة الاستحسان ثابتة فى مسألة الحضرة والغيبة ، ويدل عليه إطلاقهم مسألة ضمان الأب نفقة زوجة الابن » .

ولكن الرملي يرى أن نفقة لغائب يجوز أخذ كفيل بها ، وإن لم تكن مقدرة . أما نفقة الحاضر ، فلا يجوز أخذ كفيل بها ، إلا إذا كانت مقدرة .

والخلاصة من كل هذا الكلام أن النفقة غير المقدرة — بعض الكتب حملها كالمقدرة فى جواز أخذ كفيل ، وبعضها منع جواز أخذ الكفيل فى غير المقدرة إذا كان الزوج حاضراً ، وجوز الكفالة بها إن كان غائبا .

٢٦١ — وهل يجوز للقاضي أن يجبر الزوج على تقديم كفيل ؟ إذا كان الزوج حاضرا ولا يغيب ، فلا يجبر على تقديم كفيل ، وإذا قالت إن زوجى يطيل الغيبة ، وطلبت كفيلا بناء على ذلك ، وثبت لدى القاضى صدق قولها ، قال أبو يوسف يجبره القاضى على تقديم كفيل بشهر ، إذا كان لا يغيب أكثر منه ، وبا كثر إن كان يغيب أكثر منه . وإن كان لا يعلم مقدار غيبته أخذ عليه كفيلا بشهر واحد فقط . وهذا كله استحسان للرفق بالناس ، وليسهل على الزوجة استيفاء حق النفقة الثابت لها بمقتضى الزواج .

وقال أبو حنيفة لا يجوز للقاضى أن يجبره على تقديم كفيل بالنفقة لأنها لم تثبت ديناً بعد ، ولا يطالب بها بعد ، ولا يجبر على تقديم كفيل بحق لم تطالب به ولم يعرف أنه ممتنع عن الأداء ، وهذا هو القياس ، ولكن الفتوى على قول أبى يوسف فى هذا المقام أيضاً .

٢٦٢ — المقاصة بدين النفقة : إذا كان الزوج له دين على الزوجة فهل يصح أن يسقط ما عليه من دين النفقة بطريق المقاصة بين ما لها وما عليها ؟ إن القواعد المقررة أن الدينين إذا تساويا فى القوة ذهبا بالمقاصة إذا طلب أحد الطرفين . وإذا كان أحد الدينين أقوى من الثانى فإن طلب المقاصة صاحب الدين الأقوى أجريت المقاصة فيهما ، لأنه قد رضى بذهاب دينه القوى فى الدين الضعيف .

وإذا كان صاحب الدين الضعيف هو الذى طلب المقاصة لا تتم إلا برضا الآخر لأنهما لم يتساويا .

ولقد قال الحنفية إن دين الزوجة فى غير حال الاستدانة لا يكون ديناً قوياً .

ولذا قرروا أن الزوج إن طلب المقاصة أجيب ، لأن دينه قوى . أما الزوجة إذا طلبت المقاصة فلا تجاب إلا إذا رضى الزوج .
هذا مذهب الحنفية ، والمعمول به الآن فى مصر أن الدينين متساويان ، ولذلك تجرى بينهما المقاصة ، وتجوز سواء أكان الذى طلب المقاصة هو الزوج أم الزوجة ، وكان العمل من قبل على أن المقاصة لا تكون إجبارية إلا إذا طلبها .

ولا شك أن المقاصة قد يكون فيها أذى بالمرأة إذا لم تكن موسرة ،لأن ما تأخذه إنما تنفق منه ، فليس من العدل أن تجرى فيه المقاصة من غير رضاها وإن النفقة لها امتياز خاص ، وهى من ضرورات الحياة .

وإن مذهب أحمد بن حنبل على أن المقاصة تجرى إذا كانت بطلب الزوجة ولا تجرى إلا بطلب الزوج إلا إذا رضيت ، أو ثبت أنها موسرة تستطيع أداء الدين من مالها ، أما إذا كانت معسرة فلا يجاب الزوج إلى طلب المقاصة ، وهذا رأى معقول . ولذا اقترح العمل به فى مشروع القانون الذى اقترح سنة ١٩١٦ وهذا نص المادة ١٢٤ منه .

« وإذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجيبت إلى طلبها ولو لم يرض ، وإذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بما له عليها لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كانت الزوجة موسرة قادرة على أداء الدين من مالها فإن لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه شيئاً من نفقتها » .

ولكن ذلك الرأى مازال مقبوراً مع هذا المشروع وما عليه العمل لا يمنع جريان المقاصة إن طلب أحدهما ، ولو كانت فى أشد الحاجة إلى النفقة ، وإن ذلك لا يتفق كما قلنا مع العدل ، ولا مع ما جعلت القوانين لدين النفقة من امتياز يجوز الحبس فى سبيله ، ولا يجوز فى غيره من الديون .

(تم بحمد الله تعالى وعونه)

الفهـــرس

١٠ ــ إلمامة تاريخية

٤٣ — الزواج

٥٥ — الخطبة

٧٧ — إنشاء عقد الزواج

١٥٤ — الولاية فى الزواج

٢١٨ — حقوق الزوجين

٢٢٨ — المهــر

والحمـــد لله رب العالمين

للمؤلف

المعجزة الكبرى القرآن

نزوله — كتابته — جمعه — اعجازه — جدله
علومه تفسيره - حكم الفقهاء فيه

			ص
٧٠٠ صفحة قطع كبير ورق أبيض فاخر		سعر النسخة	١٥٠
• أبو حنيفة : حياته وعصره ، آراؤه وفقهه			١٠٠
• مالك	»	»	١٠٠
• الشافعى	»	»	١٠٠
• ابن حنبل	»	»	١٠٠
• الإمام زيد	»	»	١٢٥
• ابن تيمية	»	»	١٢٥
• ابن حزم	»	»	١٢٥
• الإمام الصادق	»	»	١٢٥
• تاريخ المذاهب الإسلامية	« جزءان »		٢٠٠
• العقوبة فى الفقه الإسلامى			١٥٠
• الجريمة فى الفقه الإسلامى			١٢٥

• أحكام التركات والمواريث	٩٠
• علم أصول الفقه	١٠٠
• الأحوال الشخصية « الزواج »	١٢٥
• مقارنات الأديان	٣٠
• محاضرات فى النصرانية	٥٠
• محاضرات فى الوقف	١٠٠
• تنظيم الإسلام للمجتمع	٣٠
• فى المجتمع الإسلامى	٢٥

* * *

تطلب جميعها من ملتزم طبعها ونشرها

دار الفكر العربى

١١ شارع جواد حسنى بالقاهرة

ت ٥٦٤٦٧ — ص . ب ١٣٠

رقم الايداع بدار الكتب ٥١٩٥ / ١٩٧١